



Universitat Autònoma de Barcelona

Facultat de dret

Grau en dret

TREBALL DE FI DE GRAU

**LA RESPONSABILITAT CIVIL DERIVADA DEL
DELICTE. EL DANY MORAL INDEMNITZABLE A LES
VÍCTIMES DE VIOLÈNCIA DE GÈNERE**

Júlia Cunillera Piquer

19 de maig de 2020

Curs 2019/2020

Tutora: Maria Isabel García Ruíz

*“Por un mundo donde seamos socialmente iguales, humanamente
diferentes y totalmente libres”.*

Rosa Luxemburgo

ÍNDIX

1. Resum/Abstract.....	1
2. Abreviatures	2
3. Introducció	3
4. Metodologia	4
5. El dany moral.....	5
5.1. Concepte.....	5
5.2. Les funcions de la responsabilitat civil	8
5.3. Restitució, reparació i indemnització	12
6. La violència de gènere	15
6.1. Marc legal de protecció	19
6.1.1. Quatre etapes legislatives i la seva influència actual.....	19
6.1.2. Àmbit estatal.....	21
6.1.3. Àmbit autonòmic	24
6.1.4. Àmbit internacional.....	25
7. Configuració de la violència de gènere com a delictes	27
7.1. Be jurídic protegit.....	31
7.2. Elements del delictes.....	31
8. La reparació del dany moral a les víctimes de violència de gènere.....	33
8.1. Reparació del dany moral causat.....	33
8.2. Subjectes amb dret a indemnització	35
8.3. La prova del dany moral.....	36
8.4. Instruments per valorar el dany	39
8.4.1. Unitats de Valoració Forense Integral.....	40
8.5. Criteris de quantificació del dany moral	42
9. Conclusions.....	45
10. Jurisprudència	48
10.1. Sentències del Tribunal Suprem.....	48
10.2. Sentències del Tribunal Constitucional	49
10.3. Sentències Jutjats Penals	49
11. Legislació	49
12. Bibliografia	51
12.1. Web gràfica.....	54
13. Annexos	56
13.1. Avantprojecte de llei orgànica de garantia integral de llibertat sexual.....	56

1. Resum/Abstract

La responsabilitat civil ex delicto compleix amb una funció compensatòria dels danys morals ocasionats a les víctimes de violència de gènere, però per complir íntegrament amb aquesta funció els tribunals han de valorar globalment els fets, atesa la seva gravetat i naturalesa, i tenint en compte les quantitats sol·licitades per les acusacions, ja que el dret civil es regeix pel principi dispositiu. A conseqüència d'aquesta valoració el jutjador ha d'establir un quàntum indemnitzatori just i equitatiu, però el Tribunal Suprem ha assenyalat la dificultat que suposa, ja que no hi ha cap prova que permeti quantificar amb criteris econòmics per tractar-se de magnituds diverses i no homologables. Per aquest motiu, en el si de la violència de gènere, les UVFI seran útils per portar a terme aquesta tasca.

Paraules clau

Dany moral, violència de gènere, reparació integral, llei integral contra la violència de gènere, funció compensadora de la responsabilitat civil, valoració del dany moral.

Ex delicto civil liability serves to compensate for the moral damage caused to the victims of gender violence, but in order to fulfil this function fully, the courts will assess the facts as a whole, taking into account the gravity and the facts and the amounts requested by the accusations, since civil law is governed by the dispositive principle. As a result of this assessment, the judge must establish a fair and equitable amount of compensation, but the Supreme Court has pointed how difficult this is, since there is no evidence that allows for quantification using economic criteria, since the amounts involved are diverse and not comparable. For this reason, within gender violence, the UVFI will be useful in carrying out this task.

Key words

Moral damages, gender violence, comprehensive reparation, the law of the gender violence, compensatory function of the civil liability, moral damage assessment.

2. Abreviatures

Art- Article

CC- Codi civil

CE- Constitució espanyola

CEDAW- Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació sobre la dona

CP- Codi penal

CGPJ- Consell general del poder judicial

DEVAW- Declaració sobre l'eliminació de la violència contra la dona

LAVDV- Llei d'ajudes i assistència a les víctimes de delictes violents i contra la llibertat sexual

LDEVG- Llei del dret de les dones a erradicar la violència masclista

LOIEMH- Llei orgànica para la igualtat efectiva entre dones i homes

LOMPI- Llei orgànica de mesures de protecció integral contra la violència de gènere

LOPJ- Llei orgànica del poder judicial

LRCSCM- Llei de reforma del sistema per la valoració dels danys i perjudicis causats a les persones en accidents de circulació.

Núm- Número

Pàg- Pàgina

RDL- Real decret legislatiu

Rec- Recurs

SJP- Sentència del Jutjat Penal

STS- Sentència del Tribunal Suprem

STC- Sentència del Tribunal Constitucional

UVFI- Unitats de Valoració Forense Integral

3. Introducció

És realment la responsabilitat civil efectiva per reparar els danys causats a una víctima de violència de gènere? La responsabilitat civil té principalment com a objectiu reparar un equilibri que s'ha trencat amb la causació injusta d'un dany per part d'un subjecte que l'ha de restablir. Ara bé, que ocorre quan els danys que s'han de compensar, són d'una banda, danys que per la seva naturalesa no poden ser avaluats econòmicament, i que per l'altra banda, són conseqüència d'actes de violència de gènere? És a dir, pot complir íntegrament aquí la responsabilitat civil amb aquesta finalitat?

Aquestes són algunes qüestions que em van sorgir abans d'iniciar aquest treball i mitjançant el qual pretenc oferir una resposta.

Les víctimes de violència de gènere pateixen danys que van més enllà de les lesions físiques, i que encara que no siguin visibles també han de ser objecte de reparació, ja que la nostra legislació integra en la funció reparadora de la responsabilitat civil tots aquells danys que siguin conseqüència de l'execució d'un delictes.

Per aquesta raó, pretenc analitzar alguns aspectes de la reparació dels danys morals, així com els instruments per acreditar la seva existència, la prova dels mateixos i la seva quantificació. No cal dir que per la lògica d'aquests danys, aquestes qüestions no són fàcils de resoldre però tot i això, la jurisprudència dels nostres tribunals ha intentat donar solucions, malgrat la inexistència d'instruments jurídics o criteris objectius per fer efectiva l'aplicació de la responsabilitat civil en el marc d'aquest fenomen.

També vull destacar que la violència de gènere, segons la legislació espanyola és només aquella que opera dins d'una relació de parella o d'afectivitat. Com és obvi aquesta concepció restrictiva del que realment suposa aquesta xacra social, genera molt problemes conceptuals i que tenen repercussió a l'hora de legislar en aquesta matèria. Probablement un dels motius pels quals no és efectiva la legislació espanyola és degut a aquesta concepció, ja que impedeix poder desenvolupar polítiques públiques efectives en l'erradicació d'aquest fenomen.

Així doncs, en les pròximes pàgines desenvoluparé els danys morals derivats dels delictes de violència de gènere com a objecte de reparació civil, reflexionant sobre algunes qüestions que envolten la violència de gènere que són importants per comprendre la seva repercussió jurídica-social.

4. Metodologia

La metodologia que segueixo en aquest treball és la pròpia d'un estudi jurídic, ja que es basa en l'anàlisi jurisprudencial i normatiu de la responsabilitat civil per danys morals. Pel que fa a les regles generals de la responsabilitat civil derivada del delictes, he tingut en compte la normativa del Codi Civil i del Codi Penal. I per poder profunditzar en les qüestions relatives a la reparació dels danys morals de les víctimes de violència de gènere he analitzat la jurisprudència principalment del Tribunal Suprem que determina alguna de les qüestions controvertides en aquesta matèria, donat que no hi ha una normativa que ho prevegi.

Quant a la violència de gènere, he utilitzat diverses fonts bibliogràfiques de grans autores enteses en aquesta matèria, així com l'estudi del Codi Penal i de les legislacions estatals com internacionals per entendre el concepte i l'abast legal d'aquest fenomen. Respecte al marc intern, he analitzat bàsicament la LOMPI 1/2004, de 28 de desembre amb l'ajuda d'altres fonts digitals claus en aquesta qüestió.

Pel que fa a la consulta de jurisprudència he utilitzat bases de dades com CURIA, VLEX, ARANZANDI, així com el mateix buscador de la pàgina web del consell general del poder judicial. A més de les fonts bibliogràfiques les més importants han estat les digitals com llibres electrònics, revistes i articles disponibles a la xarxa a través de bases de dades com Dialnet.

Finalment, considero important destacar que el següent treball ofereix una perspectiva de gènere en l'àmbit de l'aplicació de la responsabilitat civil en els casos de violència contra la dona, però un cop finalitzat el treball penso que és difícil limitar l'abast de l'estudi d'aquest fenomen i per això, volia recalcar que ha resultat ser un treball on la violència de gènere ha tingut molta més incidència de la que pretenia oferir inicialment.

5. El dany moral

5.1. Concepte

El dany moral és aquell que es correspon amb el dany immaterial com les lesions personals, la mort o els béns immaterials de la personalitat com la fama i l'honor. Per aquest motiu, es distingeix del dany que anomenem patrimonial, perquè el dany moral afecta béns o drets que no tenen un mercat que valori les conseqüències de l'accident i que per tant, valori les conseqüències del desastre. A més, la patrimonialitat dels danys implica també que el mercat produeixi i subministri els béns que han quedat afectats.¹ Per això diem que els danys morals són de caràcter abstracte i per això és difícil elaborar una definició única d'aquest terme. La qüestió per tant, és analitzar que entenem per a dany i en quin cas podem qualificar-lo com a moral, i fins a quin punt tots aquells aspectes que ens resulten negatius, i que en principi ens afecten només a l'àmbit emocional o psíquic de la nostra persona poden ser considerats com a dany moral.² Tot i així, el Tribunal Suprem va afirmar a la sentència STS del 16 de desembre de 1912 que el dany moral havia de ser indemnitzat, donat que en aquell cas una publicació del Periódico el liberal lesionava l'honor i la fama de la demandada.³

A més a més, en la mateixa resolució el tribunal afirma aquesta idea, que els danys morals són aquells que afecten la persona en el sentit més espiritual, com l'honor o la fama. És a dir, el Tribunal Suprem el que evidenciava tant en aquesta primera sentència com en la sentència de 31 de març de 1939 és que l'atac a l'honor, al prestigi, a la fama, genera danys morals perquè l'afectació a aquests drets de la personalitat comporta sentiments o emocions negatives així com un menyspreu i descrèdit per part de la societat. A més a més, la sentència justifica que existeix una lesió a l'honor argumentant que aquest és un bé fonamental de la persona necessari per conviure amb societat, en el que si quedava vulnerat, aquesta quedava desprestigiada i sense les atribucions que com a persona li pertanyien. En definitiva,

¹ Gómez, Pomar, F y Marín, García, I. (2017). El daño moral y su cuantificación. Barcelona: Wolters Kluwer.

² Díez-Picazo, L. (1999). Derecho de daños. Madrid: Civitas.

³ Casado Andrés, B. (2016). El concepto del daño moral, estudios doctrinales. Revista de derecho UNED, núm. 18. doi: <https://doi.org/10.5944/rduned.18.2016.16882>

diem que els danys morals tenen relació amb l'àmbit personal i allò que vincula les emocions o els sentiments, que a la vegada té transcendència més enllà de la persona; a la societat.

Més endavant, en la sentència 7 de febrer de 1962, el tribunal determinava la vinculació dels danys morals amb la categoria de danys extrapatrimonials, entenent com a tals aquells efectes conseqüents de l'atac a béns immaterials. En aquest aspecte, és on es pronuncien alguns autors com Martin Casals i Solé Feliu quan defineixen el dany moral de forma negativa, entenent-lo com aquell que no té relació amb el patrimoni ni es pot quantificar econòmicament segons el mercat.⁴

Fent un salt temporal, recentment, la STS 4290/2015 de 23 d'octubre, va concebre els danys morals com aquells que no són susceptibles de ser avaluats patrimonialment per consistir en una lesió que pot recaure no només en l'àmbit moral estricte sinó en l'àmbit psicofísic de la persona i consisteix en els patiments que no tinguin directa una traducció econòmica.⁵

Així doncs, relacionem el dany moral amb la categoria de dany extrapatrimonial. Ara bé, aquesta idea ha estat criticada, des de la visió que les lesions que afecten la persona emocional o sentimentalment, poden a la vegada tenir una traducció econòmica, com per exemple, una lesió a la salut, sigui física o psíquica pot comportar un tractament mèdic que a la vegada suposa una despesa econòmica, i per tant, una afectació patrimonial indirecta. Tot i així, el dany moral es classifica de dany extrapatrimonial perquè no té un equivalent pecuniari objectiu que permeti una valoració econòmica i perquè els béns afectats no poden substituir-se pel mercat. Ara bé, no podem concebre el dany moral de forma negativa, sinó que com

⁴Casals, Martin-M. Principis per a una proposta de regulació de la responsabilitat extracontractual Catalunya.

⁵ Tribunal Supremo (sala de lo civil, sección 1). Sentencia núm 4290/2015 de 23 de octubre. “Así, sobre el daño moral, se considera en la misma que no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho la tutela judicial efectiva, pero precisando que deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica”.

diu Díez-Picazo, els danys extrapatrimonials s'indemnitzen prescindint que un atac a aquells béns i drets tinguin també repercussió en el patrimoni.⁶ És a dir, els danys morals poden tenir repercussió al patrimoni, ja que el dolor sempre té un reflex econòmic però no per això se'l pot anomenar patrimonial, sinó que és independent d'aquesta possible afectació.

D'aquesta manera, el terme de dany moral ha de fer referència als perjudicis psicofísics,⁷ a aquells resultats lesius que afecten la persona des de l'esfera més espiritual o sentimental a conseqüència de la privació de béns jurídicament protegits i que li són inherents com a ésser humà. El terme que conceptua aquesta idea és el *pretium doloris* ⁸ o preu del dolor que vol dir que el dany moral és el dolor o patiment que pot ocasionar-se a una persona a causa dels resultats lesius que l'afecten des d'aquesta perspectiva més espiritual. Partint d'aquesta tesi el dany moral és aquell perjudici que pot ser originat per un atemptat contra la integritat física de la persona que li genera dolor físic però també dolor espiritual. De tota manera, no tot el dolor que s'infligeixi a una persona es pot concebre com a dany moral indemnitzable, sinó que segons Zannoni, ha de tenir relació sobre la privació d'un bé jurídic sobre el qual el que pateix té un dret jurídicament reconegut.⁹

Com a conseqüència no podem elaborar un *numerus clausus* de tot allò que implicaria un dany moral, sinó que és un supòsit obert que amb el pas del temps i amb l'evolució de la societat pot anar creixent, de manera que el que considerem avui com una clara vulneració d'un dret que comporta un dany moral indiscutible l'endemà pugui ser entès com una mínima sensació de dolor.

⁶ Díez-Picazo, L y Gullón Ballesteros, A (2002) Sistema de derecho civil, vol II, 9ª. Madrid: Tecnos.

⁷ García López, R. (1990). Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia. Madrid: Bosch.

⁸ Naveirra, Zarra, Maita, M. (2004). El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Universidad de Coruña. Facultad de derecho. Dep. Derecho privado.

⁹ Zannoni, Eduardo, A. (1982). El daño moral en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea.

5.2. Les funcions de la responsabilitat civil

La responsabilitat civil pot tenir tres funcions diferenciades que consisteixen a restaurar, prevenir i castigar o sancionar a la persona responsable dels danys ocasionats a una tercera persona.

En el nostre ordenament jurídic, la funció principal de la responsabilitat civil és reparar integralment a la víctima de tots els perjudicis causats. En el cas de la responsabilitat civil ex delicto, es pretén deixar indemne a la persona que ha patit un dany injust a través de la reparació, la restitució i la indemnització, proporcionant així a la víctima els mitjans jurídics per obtenir una reparació o una indemnització que compleixi amb aquesta funció.¹⁰ Aquesta funció parteix del principi *alterum non ladere*,¹¹ mitjançant el qual qui causi un dany haurà de reparar-lo, i per això, sobre la base d'aquesta expressió llatina el legislador va voler reflectir amb la responsabilitat civil que ningú pot ser danyat per un tercer de forma injustificada, i que en cas d'incompliment, el responsable estarà obligat a reparar la víctima dels resultats lesius. Aquest principi però és difícil d'assolir a la pràctica en el cas dels danys morals a causa de les dificultats probatòries i de substitució del bé en el mercat, però tot i així, no podem negar aquesta funció, ja que la indemnització del dany moral intenta col·locar a la víctima en la mesura del possible en la situació que es trobava anteriorment.

La funció preventiva de la responsabilitat civil deriva també d'aquesta expressió llatina, ja que si el causant d'un dany ha de reparar-lo, implícitament es reconeix una prohibició de danyar, que és el que significa realment aquesta expressió. Ara bé, un sistema preventiu per definició implica situar-nos ex ante, s'activa el sistema abans que es produeixi el fet danyós.¹² Amb la responsabilitat civil, el dret actua un cop es produeix el fet que dona lloc a la responsabilitat, i és un cop es produeix el resultat lesiu que es podrà atribuir la responsabilitat civil a la persona causant i obligar-la a rescabalar el dany. Així, podem afirmar que el dret de danys no té com a finalitat prevenir el dany, sinó reparar-lo en cas que succeeixi. El que es qüestiona

¹⁰ Reglero, Campos, L. F. (2013). Lecciones de responsabilidad civil. Aranzandi.

¹¹ Diego, M, Papayannis. (2014). La practica del *alterum non ladere*. Isonomia núm 41.

¹² Lic, Antonio Jacob Aldi, MBA. "Notas actuales sobre derecho de daños".

és perquè molts autors han determinat el dret de la responsabilitat civil com a funció preventiva o dissuasiva. El que succeeix és que el responsable patirà un efecte negatiu al seu patrimoni a conseqüència de la restauració del dany i com que aquesta disminució de patrimoni no és agradable, d'aquí que es digui que la responsabilitat civil conté una funció dissuasiva, ja que probablement el responsable sent coneixedor de l'obligació restaurativa, serà diligent per no trobar-se en aquesta situació. D'aquesta manera, el que s'ha determinat és que més que una funció preventiva, la responsabilitat civil implica un concepte de costos, és a dir, el responsable que produeix un dany haurà de respondre d'aquest, i en funció del que li costi econòmicament el rescabament del dany, farà un efecte positiu de prevenció o dissuasió dels danys futurs. És a dir, si ho traslladem a l'economia, el dany suposa el que s'anomena externalitat negativa que genera costos a l'altra part, i aquests costos serien els danys que el responsable civil hauria de rescabalar. En l'economia, l'empresa de producció que emet un alt grau de contaminació, generant així danys mediambientals, se li imposa una sanció per les substàncies contaminants emeses, i llavors l'empresari valorarà els costos econòmics que això li provocarà i probablement reduirà el nivell de contaminació per així reduir el cost que li ocasiona.¹³

La funció punitiva de la responsabilitat civil ha estat plantejada en el nostre ordenament jurídic a conseqüència dels punitive damages del dret anglosaxó. No obstant això, la jurisprudència espanyola ha determinat que aquesta finalitat del nostre dret civil no té cabuda en l'ordenament jurídic espanyol, ja que la funció principal de la responsabilitat civil és la reparació integral dels danys, de manera que s'indemnitza per compensar al perjudicat dels danys ocasionats i no per castigar al responsable de la seva producció. Aquesta idea es transmet amb la STS 7846/2005 de 19 de desembre quan determina que el rescabament no té per objecte dotar al perjudicat d'un enriquiment o guany, sinó que només té una finalitat de restituir o reparar.¹⁴ Per tant, el Tribunal Suprem afirma que els anomenats

¹³ Coderch, Salvador, P y Ligüerre, Gómez, C. (2005). El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. *Indret. Revista para el análisis del derecho*, 274.

¹⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1) Sentencia núm 7846/2005 de 19 de diciembre. “*La indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (Sentencias de 26 de noviembre de 1994, de 13 de abril de 1987, de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad*

punitve damages són entesos com la penalització econòmica pròpia del dret anglosaxó que se li imposa addicionalment al causant d'un dany, per part del jutge, per una quantia suficientment elevada com perquè tingui caràcter exemplificador i contribueixi a evitar conductes futures.¹⁵ S'ha de destacar que els anomenats punitive damages han estat mal traduïts per la jurisprudència espanyola, ja que la seva definició no és dany punitiu sinó indemnització punitiva, és a dir, la referència de la finalitat punitiva no és del dany, sinó de la indemnització.¹⁶ En els països europeus, entre ells Espanya, les funcions de prevenció i càstig del dret es deixen a les mans del dret penal i administratiu. Així ho afirma Pantaleón quan diu *“para prevenir y castigar está el derecho penal y el administrativo sancionador: está el derecho público, que no lucra a las víctimas. El derecho de la responsabilidad civil es derecho privado, que soluciona el conflicto privado entre el perjudicado y el causante de daño, sin tratar de hacer política social.”*¹⁷

Ara bé, tot i això, s'ha plantejat aquesta possible funció del dret civil, derivada d'algunes situacions on intervé aquesta finalitat. Per exemple, en el dret de la seguretat social, l'article 164 del RDL 8/2015, de 30 d'octubre,¹⁸ determina que quan hi hagi un incompliment empresarial en matèria de prevenció de riscos laborals que causi un accident laboral, les prestacions econòmiques que derivin d'aquesta situació s'augmentaran en un 30 a un 50% segons la gravetat de la falta. No és necessari que hi hagi una relació causal entre la conducta de l'empresari i el resultat produït, és responsable pel simple fet d'incomplir amb la normativa. Aquest recàrrec a més, no podrà ser objecte d'assegurança; l'empresari és l'únic que podrà i haurà de satisfer aquesta quantitat addicional.¹⁹

volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados "daños punitivos" ni tiene ahora función la idea de una "pena privada".

¹⁵ Iturmendi, Morales, G. (2017) ¿Hacia una responsabilidad civil punitiva? Actualidad Civil n.º 9. Wolters Kluwer.

¹⁶ Carrascosa, Gonzalez, J. (2013). Daños punitivos. Aspectos del derecho internacional privado Europeo y Español.

¹⁷ Pantaleón, F (19 de julio de 1999). La importación de “frigoríficos jurídicos”. El país.

¹⁸ Real decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el cual se aprueba el texto refundido de la ley general de la Seguridad social. Boletín oficial del estado, 31 de octubre de 2015, núm 261.

¹⁹ Art 164.1. RDL, 8 de octubre de 2015. *“Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de*

En aquest supòsit la llei imposa a l'empresari un recàrrec que s'afegeix a la quantitat econòmica que li hagués de satisfer per incapacitat temporal o permanent, ja no només com a compensació de l'accident produït, sinó amb una finalitat punitiva que es deriva de la gravetat de l'incompliment de l'empresari de la normativa de prevenció de riscos laborals.

Respecte a aquesta qüestió cal fer dues consideracions:

-En primer lloc, aquesta facultat punitiva del dret de la seguretat social ha de ser utilitzada de forma restrictiva, segons la reiterada jurisprudència del Tribunal Constitucional. En la STC 158/1985 de 26 de novembre de 1985,²⁰ va establir que el recàrrec que es preveu és de caràcter extraordinari i sancionador, fet pel qual ha d'aplicar-se restrictivament. Per aquest motiu, encara que declaréssim l'existència del dret punitiu, no podria ser entès com la regla general, sinó que només podria interpretar-se així en funció de les circumstàncies del cas, i segons la seva gravetat.

-En segon lloc, encara que la llei de la seguretat social estableixi amb aquest recàrrec econòmic una funció punitiva, això no pot traslladar-se al dret civil. La funció de la responsabilitat civil no pot predicar-se de la mateixa manera que en el cas de la seguretat social, ja que com diu Díez-Picazo, no és just ni equitatiu proporcionar a qui va patir un dany una quantitat superior al del dany, perquè en tal cas es produirà un enriquiment i per tant, no podríem seguir afirmant la finalitat indemnitzatòria de la responsabilitat civil.²¹

un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

2. “La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.”

²⁰ Tribunal Constitucional, (Sala de lo Social). Sentencia núm 158/1985 de 26 de noviembre. “El recargo que prevé el art. 93 de la Ley General de Seguridad Social constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora que, por ello, ha de ser interpretada de manera restrictiva, según una dilatada jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo. Para su imposición son precisas la concurrencia de dos circunstancias, reiteradamente exigidas por aquella jurisprudencia: De una parte que exista una infracción concreta de un precepto que establezca una medida de seguridad determinada para evitar un riesgo, o, en su caso, las consecuencias del mismo; de otra, que haya un nexo causal ante la infracción y el accidente”.

²¹ Díez-Picazo, L y Gullón Ballesteros, A (2002) Sistema de derecho civil, vol II, 9ª. Madrid: Tecnos

En conclusió, no podem predicar la funció punitiva de la responsabilitat civil, encara que en altres àmbits del nostre dret hi hagi tendència en donar-li a la reparació del dany una naturalesa punitiva. Però, en tot cas la funció punitiva ha de ser restrictiva i per tant, ha d'aplicar-se sempre respectant el principi de proporcionalitat.

5.3. Restitució, reparació i indemnització

Segons l'article 110 del CP, la responsabilitat civil derivada del delictes té com a objecte restituir, reparar i indemnitzar a la víctima pels danys produïts a conseqüència de l'execució del delictes. La finalitat doncs de la responsabilitat civil ex delicto, segons Inmaculada Serrano Pérez ²² és satisfer l'interès privat de la persona física o jurídica perjudicada pel delictes, i s'estableix en atenció a la gravetat del dany o perjudici causat que no té per què estar amb consonància amb la gravetat de la infracció penal. La fonamentació d'aquesta responsabilitat deriva de la producció del dany, igual que amb la responsabilitat civil de l'article 1902 del CC. Per tant, el nucli essencial d'aquesta responsabilitat és el dany.

En primer lloc, l'article 111 del CP entén per restitució la devolució a la víctima del mateix bé que se li ha desposseït, juntament amb els deterioraments que aquesta hagués pogut patir. Per tant, el que determina és que la restitució s'ha de dur a terme sempre, amb l'excepció que la cosa s'hagués adquirit per un tercer que no pogués ser reivindicada d'acord amb les lleis civils. El que destaca d'aquest precepte és la manca d'exhaustivitat que se li ha atorgat a la restitució, en contrapartida amb el tractament que se li ha donat a la reparació i la indemnització. D'acord amb aquesta escassa definició el que si podem concloure és que la restitució només opera quan el bé desposseït sigui material o tangible, en canvi si parlem de béns immaterials com la vida o la dignitat, no podem contemplar la seva restitució.

La restitució inclou els deterioraments que hagi patit l'objecte del delictes, sense tenir en compte que s'hagin produït per culpa o dol o per cas fortuït. La qüestió que ens podem plantejar és si l'abonament d'aquests deterioraments l'ha de dur a terme

²² Serrano Pérez, I. La responsabilidad civil derivada de la infracción penal. El valor económico del resarcimiento de la víctima.

sempre el responsable penal quan aquest sigui posseïdor o el tercer que ha adquirit la cosa de bona fe. A efectes de justícia no és el mateix, per tant, si ens adherim al text del precepte, tenim dues regles: en cas que el responsable civil i el posseïdor de la cosa siguin la mateixa persona serà aquest el que haurà de restituir-la, en canvi, si la possessió es troba en mans d'un tercer que va adquirir l'objecte de bona fe i legalment, aquest haurà de restituir igualment aquest objecte, sense perjudici del dret de repetició contra qui correspongui i de ser indemnitzat pel responsable civil del delict. Tot i així, no en totes les situacions el tercer posseïdor haurà d'abonar els deterioraments, sinó que haurem d'estar a la regla de l'article 457 del CC que distingeix entre posseïdor de mala o de bona fe. El de mala fe haurà d'abonar els deterioraments o pèrdua de la cosa posseïda i el de bona fe no.

En segon lloc, la reparació del dany compren en obligacions de donar, de fer o de no fer, tal com determina l'article 112 del CP. En el cas de la reparació, el Codi Penal només predica que s'ha de reparar el dany que hagi esdevingut a conseqüència del delict, per tant, hem d'estar a la consideració general del dany com a detriment causat del delict,²³ entenent-lo com tots els perjudicis que se li han causat a la víctima, ja siguin danys materials com morals. És a dir, la finalitat de la reparació és tornar allò que s'ha danyat al seu estat anterior. D'aquesta manera, els danys morals a conseqüència del delict han de ser reparats, amb la forma que el present article determina. Pel que fa al vincle entre els tres elements, hem de considerar que gaudeixen del mateix rang jurídic però el legislador establirà sempre en primer lloc la restitució, ja que quan al perjudicat s'ha trobat desposseït d'un bé el més raonable serà la restitució d'aquest.²⁴

Un altre aspecte conflictiu de la responsabilitat civil ex delicto és com operen aquestes tres institucions entre si. Sembla que és el perjudicat el que decideix de quina forma el responsable ha de reparar-li el dany que se li ha ocasionat, sempre que l'*statu quo ante* pugui ser restituït o reparat. Tot i que, encara que ho sigui, si la reposició o la reparació és excessivament costosa en comparació amb el dany

²³ López Beltrán de Heredia, C. (1997). Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual. Tirant lo blanch.

²⁴ Yzquierdo Tolsada, (2016) M. Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias. Madrid: Dykinson, S.L.

ocasionat, l'autoritat judicial podrà denegar la seva reparació o restitució, optant per tant, per la indemnització. Com diu Scognamiglio,²⁵ no es tracta d'una alternativa en la qual el responsable pugui escollir una modalitat de rescabament, ni tampoc una obligació facultativa, en la que es trobi obligat a una prestació pecuniària però estigui facultat per optar per la reparació, sinó que l'autor del dany només està obligat a rescabalar a la víctima, sent la forma de responsabilitat a la voluntat del perjudicat.

En tercer lloc, l'article 113 del CP determina que la indemnització dels danys produïts compren tant els danys morals com els danys materials. Per això, podem afirmar que la indemnització dels danys morals és un fet indiscutible. Ara bé, quina és la finalitat que li hem d'atribuir a la indemnització per danys? Aquesta és una qüestió controvertida, ja que no existeix homogeneïtat sobre la naturalesa de la indemnització com a concepte de responsabilitat civil. Quan ens trobem amb un cas de danys morals, el responsable de la seva producció haurà d'indemnitzar al perjudicat partint d'una quantitat pecuniària, resultat de valorar aquest dany. Per tant, podríem afirmar en un principi que la finalitat d'aquesta indemnització és compensar a la víctima dels danys ocasionats. Aquesta afirmació deixa però lloc a debat, ja que els perjudicis que pateix una persona a qui li han mort el seu fill, no pot ser compensada ni satisfeta amb diners. Una de les altres tesis que es discuteixen per la doctrina és la d'entendre el dret civil com mitjà punitiu però com ja he abordat en el cas anterior, aquesta finalitat queda superada per la jurisprudència. En el cas de la responsabilitat civil com a indemnització, la STS de 19 de maig de 2005, establia una quantitat pecuniària a la víctima pels danys ocasionats quan les acusacions no ho havien sol·licitat, de manera que en aquest cas no podem reconèixer que la finalitat de la indemnització és el càstig, sinó un simple reconeixement de drets. D'això sorgeix la idea que amb la indemnització el que pretén el jutge és deixar clar que la víctima té uns drets que se li han vulnerat i que per tant, s'han de garantir, i la manera de fer-ho és amb l'establiment d'una indemnització, independentment de les peticions de les parts. Aquesta concepció del dret de danys contradiu el que hem definit per dany moral, entès com aquells

²⁵ Scognamiglio, R. (2001). Responsabilidad contractual y extracontractual. Ius et veritas 22.

perjudicis que són conseqüència d'un fet delictiu per incidir en un bé jurídicament protegit. D'aquesta manera, no podem concebre el dret de danys com una declaració de drets, ja que no se li pot atribuir a la indemnització una funció simbòlica. El que s'ajusta més potser és entendre la responsabilitat civil com un mitjà de compensació a la víctima pels danys ocasionats, encara que el quàntum indemnitzatori no sigui equiparable als resultats lesius que se li hagin pogut produir. De tota manera, des del meu punt de vista és més encertat afirmar la funció compensatòria del dret civil de danys que la funció restaurativa, ja que mitjançant una quantitat pecuniària mai es podrà restaurar els danys causats si aquests són morals o de caràcter immaterial. La vida arravatada d'una persona no pot ser restaurada de cap manera, ni l'honor o la dignitat que pot quedar afectada per un delictes d'injúries i calumnies, per exemple. En canvi, tot i que podríem aplicar el mateix argument per a la compensació, ja que res pot compensar els danys causats, com diu la STS 672/1962 de 7 de febrer,²⁶ *el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material [...] pero gracias a él puede la víctima, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones más agradables que vendran a compensar las dolorosas o desagradables*. És a dir, amb la indemnització la víctima pot tenir una sensació positiva o si més no, més agradable que amb els danys que se li han imputat a conseqüència d'una vulneració als seus drets més essencials.

6. La violència de gènere

El fenomen de la violència de gènere és també un concepte ampli i heterogeni, i això fa que no hi hagi una definició única i concreta del que suposa aquest terme. A més habitualment sentim parlar de conceptes com violència masclista, violència de gènere, violència contra la dona i violència domèstica que no són equivalents, sinó que gaudeixen de les seves diferències.

En el cas de la violència contra la dona i de gènere es posa de manifest en la llei espanyola LOMPI 1/2004 de 28 de desembre²⁷ que fa referència a aquest fenomen

²⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo civil). Sentencia núm 672/1962 de 7 de febrero de 1962.

²⁷ Ley orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín oficial del estado, 29 de diciembre de 2004, núm 313.

com una concepció social i cultural de la superioritat de l'home en vers la dona a conseqüència d'un procés de construcció social mitjançant el qual s'ha adjudicat simbòlicament a cada sexe uns atributs, valors i funcions que cada un d'ells ha de desenvolupar i exhibir. Per tant, la violència de gènere no és una qüestió biològica, sinó de gènere, ja que les diferències radiquen en aquestes atribucions culturals i socials, i no en diferències biològiques.²⁸ Fruit d'aquestes atribucions, cada sexe exhibeix els rols que se li han assignat i per això, la posició històrica de superioritat de l'home en vers la dona. En el mateix sentit, el conveni del consell d'Europa²⁹ sobre la prevenció i la lluita contra la violència contra les dones i la violència domèstica d'11 de maig de 2011 entén per gènere aquells comportaments, activitats i atribucions que una societat considera d'homes o dones.

Així doncs, la violència de gènere serà aquella que s'exerceixi sobre la dona quan es basi en aquests comportaments històricament establerts. Segons l'art 3. a) del conveni del consell d'Europa serà violència de gènere *“todos los actos de violencia que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*.

D'aquesta manera, un primer element que configura aquesta violència és que s'exerceixi sobre la dona pel simple fet de ser-ho, tal com determina l'exposició de motius de LOMPI 1/2004, de 28 de desembre.³⁰ Hi ha un component social que posiciona a les dones en una situació de desigualtat, per entendre que no gaudeixen dels mateixos drets i llibertats, de respecte i de capacitat. Segons aquest component social és en el que es basa el legislador per definir la violència de gènere. Aquest

²⁸ Maqueda Abreu, M.L. (2006). La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 14.

²⁹ Consejo de Europa. Convenio para la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Art 3.c). A los efectos del presente Convenio por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

³⁰ LOMPI 1/2004. Exposición de motivos *“se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”*

aspecte és el que fa diferenciar la violència de gènere amb l'anomenada violència familiar o domèstica, que és un dels altres termes que generen confusió però que és diferent, ja que el referent és la família. En el Codi Penal es castiga la violència domèstica quan la violència que s'exerceixi, sigui física o psíquica, recaigui sobre qualsevol membre de la unitat familiar, de manera que l'àmbit s'estén a tot el cercle de persones que conviuen.³¹ D'aquesta manera, amb la violència de gènere operen les relacions d'afectivitat entre cònjuges o parelles, i amb la violència familiar operen les relacions entre tots els seus membres, ja sigui una violència exercida entre els germans o de pares a fills, o viceversa.

Pel que fa al terme violència contra la dona, aquest es va utilitzar per donar nom als jutjats de violència contra la dona per part de l'art 87 ter LOPJ, d'1 de juliol,³² però que té un significat diferent del de la LOMPI 1/2004, de 28 de desembre, donat que en aquests jutjats operen tots aquells actes que siguin contra la dona, independentment que coincideixi amb la definició de violència de gènere en la llei integral. Aquesta qüestió no és intranscendent, sinó que té repercussió en quant l'admissió d'un assumpte com a propi per part d'aquests jutjats, ja que s'admetrà atenent exclusivament a la llei processal. Com a conseqüència, crea confusió per part de la ciutadania quan els mitjans de comunicació diuen en els seus titulars que el jutjat de violència contra la dona no considera violència de gènere alguns actes com un assassinat per part d'un home contra una germana o els fills de la parella.³³

Justament amb aquest aspecte és on sorgeixen les qüestions sobre la inclusió exclusiva de la violència de gènere sobre la dona-parella, a diferència del conveni del consell d'Europa, i d'altres textos internacionals. Així doncs, la llei integral determina que la violència de gènere és aquella que té lloc sobre les dones per part de qui siguin o hagin estat els seus cònjuges o que hagin estat lligats per una relació d'afectivitat, encara que sigui sense convivència. Per tant, segons aquesta llei un

³¹Iberley. (2019). El delito de violencia doméstica o maltrato habitual. Recuperat de <https://www.iberley.es/temas/delito-violencia-domestica-46461>

³² Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín oficial del estado, 2 de julio de 1985, núm 157.

³³ Asociación de jueces y magistrados francisco de Vitoria. (2017). Revista de violencia sobre la mujer, 5.

segon element clau d'aquest fenomen és la relació d'afectivitat o la relació matrimonial entre l'home i la dona. En canvi, en els textos internacionals no és un requisit indispensable que la violència s'exerceixi sobre la dona- parella, sinó que la DEVAW,³⁴ entén per violència contra la dona aquells actes que succeeixin tant en l'àmbit familiar, en la comunitat en general com la perpetrada o tolerada per l'estat. Aquesta diferenciació entre legislacions provoca que el fenomen de la violència de gènere sigui encara més heterogeni, i que creï discrepàncies entre la doctrina. Sense anar més lluny, el 26 de març del 2014, Ramon Tremosa i Balcells, demòcrata del grup Alianza de los Demócrates y Liberales por Europa li va formular una pregunta a la Comissió Europea sobre si el concepte de violència de gènere de la llei integral espanyola estava incompleta,³⁵ ja que la directiva 2012/29 de la UE, de 25 d'octubre de 2012, per la qual s'estableixen normes mínimes sobre els drets, el suport i la protecció de les víctimes de delictes,³⁶ tampoc feia una diferenciació entre el que s'havia de considerar violència de gènere i violència domèstica.

El problema de la concepció de la violència de gènere amb un àmbit concret com la família o la parella deixa molts fronts oberts que s'han de definir. A més, és negatiu o inclús contraproductiu que es defineixi la violència de gènere dins d'un concepte tan tancat, com és el cas de la llei nacional, ja que comporta emascarar la realitat d'un maltractament que victimitza a la dona pel simple fet de ser-ho.³⁷ Tanmateix, reduir la violència de gènere també a l'àmbit domèstic com fan els textos internacionals és negatiu, ja que relativitza l'origen i el significat d'aquesta violència al fer també víctimes a aquells membres de la unitat familiar que són

³⁴ Naciones Unidas. Declaración sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, 20 de diciembre de 1993.

³⁵ Tremosa i Balcells, R. ALDE (2014). Pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión. Artículo 117 del Reglamento. Preguntas parlamentarias. Recuperat de <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2014-003735+0+DOC+XML+V0//ES>

³⁶ Unión Europea, Directiva (UE) 2012/29 del parlamento europeo y el consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 315/57, 14 de noviembre de 2012.

³⁷ Ruiz López, C.(2016). Justicia restaurativa y violencia de género: la voluntad de las víctimas en su reparación (Trabajo de final de màster). Universidad Carlos III de Madrid.

vulnerables, de manera que es configura la violència que s'exerceix per part del més fort sobre el més dèbil.

En conclusió, el legislador no qüestiona la discriminació històrica de la dona, ja que en vers aquest fenomen ha cregut necessari donar una protecció especial a les dones que pateixen aquest tipus de discriminació i que es plasma amb la violència que s'exerceix sobre elles. Ara bé, l'extensió que després cada estat pugui atribuir a aquest tipus de violència, sigui en la unitat familiar o en les persones vulnerables o col·lectius desfavorits és una qüestió de preferència o de consideració, que no queda exclòs de crítiques.

6.1. Marc legal de protecció

6.1.1. *Quatre etapes legislatives i la seva influència actual*

Segons Encarna Bodelón González,³⁸ hi ha quatre etapes que són claus per entendre la motivació que hi ha darrere de les legislacions d'igualtat de gènere i antidiscriminatòries. Aquestes fases entenen de manera diferent la desigualtat sexual, i per tant, també les diferents maneres de plantejar la qüestió dels drets i de les polítiques públiques de gènere. A més, aquest aspecte va íntimament lligat amb l'aparició del moviment feminista l'any 1789 i la seva evolució fins als nostres temps.

La primera fase és la que es denomina **antidiscriminació liberal**, que podríem situar al voltant dels anys setanta, especialment a Gran Bretanya on es van elaborar dues lleis antidiscriminatòries (sex discrimination act i equal pay act). Aquesta legislació entenia la desigualtat sexual com un problema de desigualtat de tracte. Es concep la desigualtat existent entre homes i dones i per tant, el que persegueix és l'eliminació de la discriminació per raó de sexe, però la problemàtica és que basa aquesta desigualtat com un problema individual, és a dir, no es tenen en compte les raons socials o col·lectives de la discriminació. Això és així perquè es parteix de la visió masculina, s'estructura des de la situació del sexe masculí.

³⁸ Bodelón, González, E. (2010). Las leyes de igualdad de género en España y Europa. ¿Hacia una nueva ciudadanía? Anuario de filosofía del derecho, 26. 86-106.

La segona fase se situa entre els anys 80 i 90 que va sorgir a conseqüència de la limitació de l'etapa anterior, on s'instauen mesures d'**igualtat d'oportunitats en l'àmbit laboral**, tot i que després seran traslladades també a l'àmbit social, econòmic i polític. Se segueix entenent la desigualtat de les dones com un problema de discriminació, però s'amplia el concepte de desigualtat amb la igualtat d'oportunitats, introduint les figures de les quotes i les accions positives en l'àmbit laboral. La crítica que se li fa aquesta fase és la instauració d'una igualtat formal, és a dir, la creença que un canvi legal comporta un canvi real. Amb aquesta concepció no es poden tenir en compte les posicions socials, econòmiques, polítiques, i personals que ostenten els homes i les dones, que són notablement diferents i que situen en una situació de desigualtat a les dones que impedeix aconseguir una igualtat real.

La tercera fase es basa en el terme **gender mainstreaming**,³⁹ utilitzat a la IV conferència mundial sobre les dones de les Nacions Unides que va tenir lloc a Beijing l'any 1995. Aquest terme fa referència als interessos i a les preocupacions de les dones i els homes que seran l'objectiu de les polítiques públiques internacionals per tal d'aconseguir la igualtat de gènere a tots els nivells. Ara bé, aquest terme ha estat interpretat de dues formes que podem resumir de la següent manera: una primera interpretació fa referència a les tècniques i als aspectes procedimentals que s'han d'utilitzar per fer noves polítiques d'igualtat. És una interpretació que pretén incorporar la perspectiva de gènere en les institucions públiques. La segona interpretació posa de manifest el canvi que s'ha de dur a terme en les polítiques a favor de la igualtat i la manera d'entendre-la. Proposa canvis en la forma de crear polítiques públiques que permetin un major empoderament de les dones.

Les polítiques públiques del gender mainstreaming han intentat instaurar la igualtat en tots els àmbits de la societat. Un exemple d'aquesta política és Suècia, on el

³⁹ Council of Europe. (2020). What is gendermainstreaming? Recuperat de <https://www.coe.int/en/web/genderequality/what-is-gender-mainstreaming>

govern suec ha elaborat polítiques en les quals els homes i les dones tenen el mateix poder en la conformació de la societat i en les seves vides privades, ja que entenen que la desigualtat té a veure amb el poder.

A partir d'aquesta fase, es deixen enrere les polítiques de l'antidiscriminació i es passa a polítiques de gènere que parteixen del reconeixement de relacions de subordinació i que qüestionen alguns aspectes de la concepció de la ciutadania.

Finalment la quarta fase es desenvolupa de forma paral·lela al *gender mainstreaming* i es relaciona amb l'anomenat **interseccionalisme** que fa referència a l'heterogeneïtat de les reivindicacions feministes. És a dir, cada dona reivindica les seves pròpies experiències i coneixements, apostant per un concepte heterogeni de discriminació i de situacions masclistes. Com a conseqüència, als anys noranta la Unió Europea va començar a desenvolupar mecanismes per lluitar contra la discriminació, posant de manifest l'existència de més d'un motiu o raó discriminatori. S'afirmava que la discriminació podia anar més enllà del gènere i que per tant, s'havien d'incloure tots aquells motius que fossin discriminatoris. Un dels problemes que genera aquesta política és equiparar la discriminació per raó de gènere a les discriminacions en general.

Com a resultat d'aquesta evolució, s'han elaborat diferents legislacions espanyoles, autonòmiques i internacionals en matèria d'igualtat i d'erradicació de la violència de gènere.

6.1.2. Àmbit estatal

Pel que fa a l'àmbit estatal, la LOMPI 1/2004, de 28 de desembre, va suposar un inici per protegir a les dones víctimes de violència de gènere, i erradicar aquest fenomen, tot i que no va suposar en cap cas un punt final, ja que encara queden molts fronts oberts.

En primer lloc, amb la present llei, es defineix per primera vegada el concepte legal de violència de gènere tal com l'he analitzat a l'epígraf 3, el qual se centra en la

discriminació històrica de les dones i la posició d'inferioritat. D'aquesta manera, trenca amb la terminologia utilitzada pel dret espanyol, del concepte violència familiar o domestica, diferenciant així la violència exercida en el marc de la família i la que s'exerceix sobre la dona en l'àmbit del matrimoni o d'una relació afectiva.⁴⁰

Com ja he analitzat també, aquest concepte és limitat en comparació amb les legislacions europees, ja que no inclou altres manifestacions de violència de gènere que han estat incorporades per la llei europea, quedant-se en l'esfera familiar, ampliant això si, la violència que s'exerciti sobre les dones i els menors.⁴¹ La problemàtica que pot comportar aquesta concepció és seguir entenent aquesta violència com una violència exercida en l'esfera privada, en definitiva en la família. A més, la inclusió dels menors com a víctimes indirectes, fa que s'incrementi més aquesta idea de violència familiar.⁴² En definitiva, la llei atribueix protecció a aquelles dones que considera vulnerables, i que se situen en un marc familiar, quedant així fora de protecció altres situacions violentes.

Aquest plantejament comporta una problemàtica molt patent, i és que com pot establir la llei, mesures de protecció, sensibilització i prevenció en certs àmbits de la societat, com l'educació o la sanitat, només concebant la violència de gènere com aquella que ocorre en l'esfera de la família, i sense tenir en compte, les violències com l'assetjament o l'abús sexual a la feina. És a dir, la llei preveu en l'àmbit educatiu la prevenció de conflictes i la seva resolució de forma pacífica, de manera que es promogui la igualtat entre homes i dones, i educar per capacitar als alumnes perquè comprenguin i respectin la igualtat. Però aquest objectiu perd la seva essència si només s'educa per conscienciar la violència masclista en els àmbits privats, fent que altres sectors com el treball on també hi ha moltes violències masclistes, quedin relegats.

⁴⁰ Bodelón, Gonzalez, E. (2009). Les dones i les noves legislacions sobre els seus drets: el cas del dret a la seguretat. *Revista catalana de seguretat pública*, 20.

⁴¹ Bodelón, Gonzalez, E. (2009). Les dones i les noves legislacions sobre els seus drets: el cas del dret a la seguretat. *Revista catalana de seguretat pública*, 20.

⁴² Marín de Espinosa, Ceballos, E. (2017). El marco normativo de la violencia de género: un estudio de derecho comparado acerca de las leyes de segunda generación y de la ley integral española. *Revista de derecho penal y criminología*, 17. 93-126

Un dels canvis importants d'aquesta llei és el reconeixement de drets a les dones, víctimes de violència de gènere,⁴³ ja que suposa reconèixer i acceptar que les violències masclistes són una vulneració de drets, i que afecten el que entenia el pensament il·lustrat per universalisme. Si tots els éssers humans tenim els mateixos drets, òbviament les agressions a les dones suposen una vulneració d'aquests drets reconeguts de forma universal. Ara bé, aquests drets que es reconeixen ho són per totes les dones víctimes de violència? I si no ho són, de quines víctimes parla? És a dir, potser en comptes de determinar uns drets concrets a les dones que pateixen aquesta violència, seria més encertat reconèixer el dret a les dones de viure lliurement sense ingerències ni agressions de cap classe, d'aquesta manera, s'aplicaria a totes les dones, presents i futures.

A la vegada, aquests drets estan vinculats amb els instruments penals com la denúncia o les ordres de protecció. La llei estableix que els serveis encarregats de prestar els drets d'assistència social integral, reconeguts a l'art 19 ho han de fer amb la participació dels agents que intervenen a l'hora d'interposar una denúncia, i fer el seguiment, així com la policia i el jutjat de violència sobre la dona, fet que implica a la pràctica, la interposició de la denúncia per poder gaudir d'aquests drets.⁴⁴

Respecte a això, cal mencionar que l'instrument penal no sempre és el mitjà més adequat per solucionar els conflictes, i en aquest cas, les víctimes de violència de gènere no són propenses a denunciar els fets delictius, de manera que si es vinculen els drets amb la interposició d'una denúncia, moltes d'elles quedaran fora d'aquest catàleg de drets.

⁴³ Art 17 LOMPI, de 28 de diciembre, “*Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley*”.

⁴⁴ Art 19.4 LOMPI, de 28 de diciembre. “*Estos servicios actuarán coordinadamente y en colaboración con los Cuerpos de Seguridad, los Jueces de Violencia sobre la Mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas, del ámbito geográfico correspondiente. Estos servicios podrán solicitar al Juez las medidas urgentes que consideren necesarias*”.

Finalment, volia enunciar l'avantprojecte de llei orgànica de garantia integral de la llibertat sexual que en la matèria que ens ocupa pot suposar un gran avenç i millora d'alguns aspectes ja destacats de la llei anterior. El present treball compta amb una extensió màxima, motiu pel qual analitzaré de forma breu algunes qüestions de l'avantprojecte als [annexos](#).

6.1.3. Àmbit autonòmic

A Catalunya, comptem amb la LDEVG 5/2008, de 24 d'abril que aborda algunes de les qüestions que la llei estatal regula de forma limitadora que tot seguit, passo a analitzar.⁴⁵

En primer lloc, pel que fa al concepte de violència de gènere, la llei catalana entén per violència de gènere ⁴⁶ aquella que s'exerceix per part dels homes sobre les dones a conseqüència de les relacions de poder i la desigualtat existent entre ambdós gèneres, sense per tant, fer referència a la relació d'afectivitat que hagi d'existir entre l'agressor i la víctima, sinó que s'aplica a tots aquells àmbits de la societat on aquesta relació tingui també un paper rellevant. D'aquesta manera, defineix les diferents manifestacions de violència que comprenen també aquest fenomen, més enllà, per tant, de l'àmbit privat. Amb la instauració d'aquest concepte, la present llei segueix la línia de les legislacions europees i internacionals.

En segon lloc, la llei catalana reconeix també drets a les dones víctimes de violència de gènere, però a diferència de la llei estatal, reconeix explícitament el dret a les dones a desenvolupar la seva vida sense cap mena de violència.⁴⁷ Aquest aspecte suposa un gran avantatge respecte a la llei estatal, ja que és necessari posar de

⁴⁵ Parlament de Catalunya. Llei 5/2008, de 24 d'abril, del dret de les dones a eradicar la violència masclista. Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, 28 d'abril de 2008, núm 251.

⁴⁶ Art 3 a) LDEVG “La violència que s'exerceix contra les dones com a manifestació de la discriminació i de la situació de desigualtat en el marc d'un sistema de relacions de poder dels homes sobre les dones i que, produïda per mitjans físics, econòmics o psicològics, incloses les amenaces, les intimidacions i les coaccions, tingui com a resultat un dany o un patiment físic, sexual o psicològic, tant si es produeix en l'àmbit públic com en el privat”.

⁴⁷ Art 1.1 LDEVG. “Aquesta llei té per objecte l'erradicació de la violència masclista i la remoció de les estructures socials i dels estereotips culturals que la perpetuen, amb la finalitat que es reconegui i es garanteixi plenament el dret inalienable de totes les dones a desenvolupar la pròpia vida sense cap de les formes i dels àmbits en què aquesta violència es pot manifestar”.

manifest que les dones tenen dret a viure de forma lliure sense perills ni ingerències en la seva esfera personal, de manera que el dret hagi d'operar abans de qualsevol agressió, no després.

Per últim, un altre aspecte lligat amb aquesta qüestió és la introducció d'instruments, fora del dret penal, que acreditin la situació de violència masclista, per tal de poder gaudir dels drets que se li reconeixen com a víctima. És a dir, l'article 33 de la present llei determina que es podrà acreditar aquesta situació,⁴⁸ per exemple, a través d'un informe mèdic o psicològic, informe dels serveis públics amb capacitat d'identificació de situacions de violència de gènere, així com l'informe de l'institut català de les dones.

6.1.4. Àmbit internacional

A escala internacional, cal tenir present, que no són poques les legislacions que s'han abordat en matèria d'igualtat, de no discriminació i de gènere, les quals han tingut una gran importància pel que fa a l'evolució de les polítiques públiques de gènere.

En aquest àmbit és on potser queden més clares les etapes legislatives exposades anteriorment. En primer lloc, mencionar el CEDAW 34/180, 18 de desembre de 1979.⁴⁹ La present convenció va ser un primer pas pel que fa a les legislacions en matèria d'igualtat, on podem destacar que definia la discriminació contra la dona, proposava programes d'acció pels estats parts, i sobretot, conscienciava els estats parts de la responsabilitat de lluitar contra aquest fenomen.

⁴⁸ Art 33.2 LDEVG. “En absència d'algun dels mitjans establerts per l'apartat 1, són mitjans específics d'identificació de les situacions de violència masclista, sempre que expressin l'existència d'indis de que una dona l'ha patida o està en risc versemblant de patir-la: d) L'informe mèdic o psicològic elaborat per una persona professional col·legiada, en el qual consti que la dona ha estat atesa en algun centre sanitari per causa de maltractament o agressió masclista. e) L'informe dels serveis públics amb capacitat d'identificació de les situacions de violència masclista. Es reconeix aquesta capacitat als serveis socials d'atenció primària, als serveis d'acolliment i recuperació, als serveis d'intervenció especialitzada i a les unitats especialitzades dins les forces i cossos de seguretat. f) L'informe de l'Institut Català de les Dones”.

⁴⁹ Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 34/180, aprovada el 18 de diciembre de 1979.

Un dels aspectes més significatius de la convenció va ser l'impuls de mesures per la transformació social que eliminessin els rols establerts a cada gènere. A més, aquesta va suposar un consens internacional sobre el qual significava discriminació contra la dona, i com podia exercir-se tant en l'àmbit privat com en el públic. En definitiva, es va determinar que la violència de gènere era conseqüència de la discriminació.

Més endavant, amb la DEVAW de 20 de desembre de 1993 es va posar de manifest que l'aplicació efectiva de la CEDAW 34/180, 18 de desembre de 1979 ajudaria a eliminar la violència contra la dona. Però a la vegada reconeixia que la violència masclista obstaculitzava l'aplicació efectiva de la convenció. Personalment penso que les polítiques antidiscriminatòries son insuficients com a mitjà per abolir la violència de gènere, ja que la violència de gènere va més enllà de la discriminació.

Justament per aquest motiu, és molt important el conveni del consell d'Europa sobre prevenció i lluita contra la violència contra les dones i la violència domèstica, més conegut com a conveni d'Estambul. Aquest va suposar el primer instrument vinculant que produïa una aplicació efectiva als estats firmants.

Així doncs, el present conveni, reflecteix l'anomenat gender mainstreaming. El que es pretén amb aquest concepte és introduir transversalment la perspectiva de gènere, i que les institucions la sostinguin com a corrent principal i que sigui l'eix vertebrador de les polítiques públiques. L'article 7 del conveni estableix que s'ha d'oferir una resposta global a la violència contra les dones, de manera que s'apliquin les mesures del conveni per mitjà d'una cooperació efectiva entre totes les agències, institucions i organitzacions pertinents. En l'article 49.2 posa en relleu la perspectiva de gènere, quan els estats membres hauran d'adoptar mesures legislatives tenint en compte aquesta perspectiva. És a dir, el conveni intenta posar mesures tant legislatives com d'altra índole per tal d'afrontar de forma global i universal la violència de gènere.

La raó de ser d'aquesta política legislativa és el reconeixement que la violència de gènere és una qüestió estructural, i per això, l'estat s'ha d'impregnar d'aquesta perspectiva de gènere. És a dir, cal tenir present, que les institucions estatals sustenten aquesta jerarquia entre gèneres, i permeten seguir atribuint i perpetuant l'espai de la masculinitat i de la feminitat. En paraules de Gil Ruiz, si centrem l'atenció en el moment últim de la discriminació i s'ignoren les institucions, estructures i models sobre els quals recauen, les mesures jurídiques i polítiques que s'adoptin no produiran els efectes desitjats.⁵⁰

7. Configuració de la violència de gènere com a delictes

La definició de violència de gènere en la LOMPI 1/2004 de 28 de desembre, no ha estat traduïda al Codi Penal, de manera que no es preveu aquest aspecte de relació de poder o de superioritat entre autor i víctima. Per contra, la present llei va introduir en alguns delictes lleus els comportaments violents per part d'un agressor home i una víctima dona que estiguessin lligats per una relació d'afectivitat.⁵¹

- El delictes de lesions lleus o maltractament d'obra de l'art 153.1 CP
- El delictes de lesions de l'art 148.4 CP (en relació amb el 147.1)
- El delictes d'amenaques lleus de l'art 171.4 CP
- El delictes de coaccions lleus de l'art 172.2 CP
- El delictes de tortures de l'art 173.2 CP

Per tant, en paraules de l'associació de jutges i magistrats Francisco de Vitòria,⁵² com que el Codi Penal no utilitza el terme violència de gènere, no podem afirmar, d'una banda, l'existència d'un delictes genèric de violència de gènere i per l'altre, no podem entendre una altra cosa que el que enuncia cada precepte concret.

⁵⁰ Gil, Ruiz, J.M. (2018). La catarsis del derecho ante la subordiscriminación. En el convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio (pp. 27-42). Madrid: Dykinson, S.L.

⁵¹ A mode d'exemple, l'art 148.4-las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia

⁵² Asociación de jueces y magistrados francisco de Vitoria. (2017). Revista de violencia sobre la mujer, 5.

Com afirma Espinosa Ceballos, aquest concepte restrictiu de la violència de gènere a la LOMPI 1/2004, de 28 de desembre, ha propiciat que el legislador optes per introduir dues agreujants per raó de sexe i raó de gènere, encara que puguin tenir una certa relació.⁵³ Ara bé, Espinosa Ceballos, també opina que la discriminació per raó de gènere comporta una discriminació per raó de sexe, però en la meua opinió aquesta afirmació pot ser controvertida, ja que el sexe i el gènere no han de per què correspondre's. Per exemple, un acte discriminatori a una persona transsexual podria ser-ho per raó de gènere, ja que els atributs biològics són d'home però el seu comportament s'equipara als rols femenins, de manera que se'l pot atemptar contra el seu gènere femení, mentre que els seus genitals són masculins.

Justament per aquesta equiparació entre el gènere i el sexe, hi ha part de la doctrina que considera que aquesta nova agreujant per raó de gènere és inútil i simbòlica. No obstant això, en la STS 420/2018 de 25 de setembre, el Tribunal Suprem considera que l'agreujant per raó de sexe fa referència tant al subjecte passiu home com dona.⁵⁴ El sexe es vincula amb els trets biològics de la persona i el gènere, com determina el conveni d'Estambul, són aquells comportaments, atributs o papers que la societat considera d'homes i dones. Per tant, no podem afirmar que l'agreujant de gènere sigui una reforma inútil, ja que era convenient que el Codi Penal contemplés aquest aspecte en les relacions entre homes i dones i amplies així, el concepte de sexe per caracteritzar aquestes relacions on la dona és víctima no per pertànyer al sexe femení o pels seus elements biològics sinó per pertànyer al gènere femení, i pensar que ha d'actuar segons aquests rols atribuïts per la societat. En la mateixa sentència, el tribunal estableix *“es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser*

⁵³ Marín de Espinosa, Ceballos, E. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art 22.4 CP). Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 20. 2-20

⁵⁴ Tribunal Supremo.(Sala de lo penal). Sentencia núm 420/2018, de 25 de septiembre. *“La nueva agravante presenta puntos de contacto con otras dos preexistentes. La que hace referencia a los casos en los que el delito de cometa por motivo de discriminación referente al sexo, y la agravante de parentesco. Ninguna de las dos exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. Y, en ambos casos, el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre”*.

coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra”.

En definitiva, l'agreujant per raó de sexe s'aplica tant si el subjecte passiu és home com dona i tant dins com fora d'una relació afectiva. És a dir, amb aquesta agreujant no es tipifica de forma més greu el delictes per aquesta relació de subordinació de la dona en vers l'home o per uns atribuïts femenins o masculins, sinó simplement per atemptar contra una persona pels seus atributs sexuals. En canvi, l'agreujant per raons de gènere s'intenta apropar a la definició de violència de gènere de l'art 1 de la LOMPI 1/004, de 28 de desembre perquè aquesta, al contrari ha d'operar dins de la relació de parella i el comportament del subjecte actiu que només pot ser l'home ha de manifestar la intenció de subordinar a la dona-víctima.

D'aquesta manera, els actes discriminatoris per raons de sexe no són actes de violència de gènere en sentit ampli, ja que aquesta implica atemptar contra una dona per raons historicoculturals i no de sexe en sentit biològic.

Hi ha una altra part de la doctrina que considera que la incorporació de l'agreujant per raó de gènere ja estava inclosa en els tipus penals descrits anteriorment on ja s'agreuja la pena perquè la víctima i l'agressor havien estat o estaven en una relació d'afectivitat. Ara bé, en la sentència anterior, el tribunal determina que l'agreujant de gènere no s'aplica només a aquells casos on el delictes ja contempla l'agreujament de la pena en el tipus penal, sinó en tots els altres casos on es demostrï aquesta raó de gènere.⁵⁵ En aquest punt, deixa clara una qüestió: com totes les circumstàncies agreujants de l'article 22 del Codi Penal, s'han de demostrar i provar, que pel contrari no podran aplicar-se. Els tribunals en aquest sentit diuen que “*no todo*

⁵⁵ Tribunal Supremo. (Sala de lo penal). Sentencia núm 420/2018, de 25 de septiembre. “*Con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta*”.

delito en el que la víctima sea la esposa o mujer unida al autor por una relación análoga a la matrimonial puede llevar objetivamente a su aplicación [...], siendo por ello necesario que la motivación de actuar por razones de género sea la determinante para cometer el delito". Per tant, no sempre, pels tribunals concorre aquest element de gènere, sinó que ha de demostrar-se que va ser determinant per cometre el delict. En el mateix sentit, la STS 420/2018 de 25 de setembre, predica que *"la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer y, en segundo lugar, que el hecho sea cometido en el ámbito de las relaciones de pareja"*.

Per últim, relacionat amb la relació d'afectivitat, cal fer menció a la compatibilitat o no de la circumstància mixta de parentiu de l'art 23 del CP. Doncs bé, les dues circumstàncies han de ser compatibles perquè tenen fonaments diferents. En l'agreujant per raó de gènere es valora el tracte discriminatori de l'home a la parella mitjançant una actitud de dominació, en canvi, amb la segona, es tenen en compte els incompliments de les obligacions que resulten de les relacions parentals, vulnerant la confiança i els llaços parentals (STS 159/2007 de 21 febrer ⁵⁶). A més, en l'agreujant de parentiu és necessari que operin dos requisits; el matrimoni o anàloga relació d'afectivitat i l'estabilitat. En canvi, en l'agreujant per raó de gènere no requereix aquesta estabilitat. (STS 159/2007 de 21 febrer).

Com a conclusió, penso que en matèria penal, la violència de gènere no ha estat tractada de forma homogènia i això en última instància deixa a la víctima en una situació desfavorable. Per una banda, el Codi Penal recull alguns delictes lleus que agreugen la pena quan la víctima és o ha estat la parella o cònjuge de l'agressor però per l'altra banda, amb la introducció de l'agreujant per discriminació per raó de gènere sembla que malgrat la intenció de reflectir la definició de violència de gènere de la LOMPI 1/ 2004, de 28 de desembre, no suposa un gran avantatge, ja que la víctima haurà de demostrar que el seu agressor operava amb aquest ànim de discriminació per raó de gènere i per tant, amb la intenció de dominar-la. En aquest aspecte, es podria plantejar la possible inversió de la càrrega de la prova que preveu

⁵⁶ Tribunal Supremo. (Sala de lo penal). Sentencia núm 159/2007, de 21 de febrero.

l'art 13.1 de la LOIEHM 3/2007 ⁵⁷ com a mesura d'acció positiva, però el mateix precepte ja contempla que aquesta acció no podrà predicar-se als procediments penals, ja que suposaria posar en dubte les garanties de l'acusat i dels principis generals del dret penal.

7.1. Be jurídic protegit

Després d'aquesta anàlisi de la configuració de la violència de gènere com a delictes és difícil establir un bé jurídic protegit d'aquest tipus de delictes, ja que com hem vist, no hi ha una unificació del que és violència de gènere, sinó que dependrà de la possible aplicació de l'agreujant per raó de gènere i en els altres casos, quan es tracti de delictes on el legislador hagi previst prèviament aquesta circumstància.

Ara bé, segons Ramon Ribas, ⁵⁸ hi ha dues possibilitats: entendre que en els delictes on opera aquesta condició de "violència de gènere" com és el cas de les coaccions, amenaces, lesions o tortures, el bé jurídic protegit és la llibertat d'obrar i de prendre decisions i la salut i la integritat física, o entendre que a banda d'aquests béns, el bé jurídic protegit és la integritat moral de la dona, que en paraules de Muñoz Conde, és el dret de la persona a ser tractada conforme a la seva dignitat, sense humiliacions ni vexacions.⁵⁹ D'aquesta manera, si entenem la integritat moral com a bé protegit, haurà de demostrar-se que el fet o la conducta del subjecte actiu realment afecta la integritat moral de la víctima, i pel contrari, només caldrà provar la lesió al be jurídic protegit de cada delictes específic.

7.2. Elements del delictes

Pel que fa als elements del delictes, ens trobem davant de dos elements claus:

-Que el delictes es desenvolupi en el marc d'una relació afectiva, on la víctima sigui la dona-parella o exparella

⁵⁷ Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado 23 de marzo, núm 71.

⁵⁸ Ramon, Ribas, E. (2013). Los delitos de la violencia de género según la jurisprudencia actual. Estudios penales y criminológicos, vol. XXXIII. 401-464

⁵⁹ Muñoz Conde, F. (2015). Derecho penal, parte especial. 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Valencia:Tirant lo blanch.

-Que el subjecte actiu actuï de manera que amb el seu comportament es denoti un ànim o intenció de dominació

Juntament amb aquests dos elements, hem d'afegir que la conducta a més, atempti contra la integritat moral de la dona-víctima, que seria el bé jurídic protegit.

Ara bé, com analitza Ramon Ribas, la pregunta que ens podem fer és si realment a la pràctica cal que concorri l'element subjectiu del tipus en relació amb el subjecte actiu, és a dir, si ha de manifestar amb el seu comportament la intenció de dominar a la víctima, o si pel contrari, és suficient en què amb el context en el qual es desenvolupa l'acció es determina aquest component d'humiliació, que encara que no sigui la intenció del subjecte, és inherent a aquesta.

Com he apuntat anteriorment, si adoptem la primera posició, deixa sense protecció a la víctima, ja que resultarà quasi impossible demostrar aquest ànim de dominació. Segons Áranguez Sánchez, estableix que malgrat la definició de l'art 1.1 de la LOMPI 1/2004 de 28 de desembre i que la nova redacció dels arts 153, 171 i 172 CP no ha introduït cap referència a aquesta circumstància, no existeix cap base per introduir aquest requisit en la interpretació dels delictes de violència de gènere.⁶⁰

D'aquesta manera, els delictes de violència de gènere, comporten una gran problemàtica interpretativa, ja que segons el mencionat autor, en el delictes de lesions que pugui produir-se en el marc d'una relació afectiva no caldrà que l'home com a subjecte actiu respongui a aquest ànim de dominació, sinó que del context en el qual es desenvolupi i de com s'estructurés la seva relació, es desprendrà aquesta desigualtat i subordinació de la dona, només caldrà que l'home actuï en aquest context sense que hagi de tenir una finalitat humiliant. D'altra banda, en les relacions de parella on no opera aquest context, si l'acte de l'home objectivament degradant, és realitzat amb dol, és a dir, coneixent el seu caràcter vexatori amb independència que tinguis aquest ànim d'humiliar.

Finalment, seria més oportú determinar en cada cas, en primer lloc si la conducta es pot subsumir al tipus penal descrit però que a més, perquè pugui qualificar-se

⁶⁰ Aránguez, Sánchez, C. (2006). El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP. En estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal. (pp.11-34).

com de “gènere,” el comportament s’ha de dur a terme amb aquest context discriminatori i reconeixedor de la desigualtat històrica i que sigui conegut per l’autor (comés de forma dolosa) però sense la necessitat de provar aquest comportament des d’una perspectiva social, que l’autor va reproduir aquestes pautes.⁶¹

8. La reparació del dany moral a les víctimes de violència de gènere

8.1. Reparació del dany moral causat

Com ja hem vist, la responsabilitat civil ex delicto compren la restitució, reparació i indemnització dels danys causats. Pel que fa a la restitució de danys valorables econòmicament, resulta lògic que no presentin cap problema. Ara bé, el debat es crea quan els danys que es deriven del delictes no presenten característiques per poder ser analitzats econòmicament, el que anomenem danys morals. A més, aquesta problemàtica comporta un afegit, que és justament quan els danys morals deriven de delictes catalogats com a violència de gènere, donat que el bé jurídic protegit és la integritat moral però que per l’heterogeneïtat dels delictes d’aquest tipus, no podem només tenir en compte aquest aspecte sinó d’altres com la salut física o la salut mental.

Per aquest motiu, en primer lloc per tal de reparar el dany moral causat, cal identificar el dany produït. Aquesta tasca no és gens fàcil, ja que com es desprèn de la macroenquesta⁶² de la violència contra la dona de 2015 de la delegació del govern contra la violència de gènere, un 47% de les dones víctimes han patit lesions al llarg de la seva vida a conseqüència de la violència, a més les lesions psíquiques han estat, varies, tals com l’ansietat, la tristesa, les ganes de plorar sense motiu o la irritabilitat.

⁶¹ Guinarte, Cabada, (2012). Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género. En la violencia de género, aspectos médico-legales y jurídico-penales. (pp. 215-259).

⁶²España. Delegación del gobierno contra la violencia de género. Ministerio de igualdad. Macroencuesta de violencia sobre la mujer 2015. Recuperat de https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/AVANCE_MACROENCUESTA_VIOLENCIA_CONTRA_LA_MUJER_2015.pdf

Segons Helena Soletó i Aurea Grané,⁶³ la identificació del dany moral s'ha de dur a terme de manera integral, és a dir, cal entendre la violència en totes les seves dimensions i conseqüències per tal de poder identificar correctament els danys que pateixen les víctimes d'aquests tipus delictius. Així doncs, aquestes autores determinen que els danys que es poden identificar es classifiquen de la següent manera:

- Danys en la salut física
- Danys en la salut mental
- Danys en la salut reproductiva
- Danys en el benestar social de la dona
- Danys en l'àmbit laboral

D'aquesta manera, la reparació del dany moral a les víctimes de violència de gènere ha de dur-se a terme de manera integral i aplicant els mateixos criteris de reparació de l'art 110 CP, com ja hem vist en l'apartat 1.3 del present treball. La problemàtica que genera aquesta qüestió és que per tal de poder rescabalar dels danys a una víctima, els tribunals han de determinar a la sentència que dictin els danys que s'han produït, així com la seva valoració. El que succeeix habitualment és que a penes s'identifiquen els danys per la dificultat ja exposada i com a conseqüència és difícil establir una valoració justa i equitativa, i que a més, sigui efectiva per aconseguir aquesta reparació integral.

La SJP 11/2014, de 27 de febrer, ⁶⁴ imposava una quantitat de 10.000 € com a concepte d'indemnització per responsabilitat civil derivada d'un delictes de violència psíquica habitual i un delictes de tractament vexatori en l'àmbit de la violència sobre la dona. Així doncs la present sentència anomena la reiterada jurisprudència del Tribunal Suprem per determinar que és difícil establir un quàntum indemnitzatori pels danys morals, ja que no hi ha una norma preestablerta. Com a conseqüència són els tribunals els que determinaran aquest quàntum gaudint d'una àmplia llibertat i discrecionalitat. Ara bé, el present tribunal entén que cal

⁶³ Soletó, Helena y Grané, Aurea. (2019). La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia. Madrid: Dykinson.

⁶⁴ Juzgado de lo penal de Cartagena. (Sección 3). Sentencia núm 11/2014 de 27 de febrero.

tenir en compte la gravetat dels fets i la repercussió personal i social, així com les circumstàncies personals de la víctima.⁶⁵

Uns dels problemes que genera la determinació del quàntum, és que com diu el tribunal, en els fets provats hi ha d'haver referències a les circumstàncies personals de la víctima que s'han de tenir en compte, així com el grau emocional d'alteració i les conseqüències sobre la seva vida, bàsicament pel que fa als seus nivells d'autonomia o tranquil·litat. És molt clara la importància d'aquesta qüestió, ja que no sempre aquests aspectes queden ben reflectits als fets provats, o a vegades ni tals sols s'hi fan menció.

La present sentència classifica quatre nivells de qualitat de vida a través dels quals s'analitza la influència del delictes a la vida de la víctima. Aquests nivells són els següents:

- Mera subsistència: el dany més greu.
- Benestar mínim: suposa la pèrdua de capacitats per un benestar mínim i comporta el dany de segon grau.
- Benestar adequat: constitueix un dany entremig o de tercer grau.
- Benestar intensificat: comporta el resultat de la conducta que afecta aquest benestar i comporta el de quart grau.

8.2. Subjectes amb dret a indemnització

Per determinar qui són els subjectes que poden rebre la indemnització per danys morals hem d'estar al subjecte passiu dels delictes catalogats com a violència de gènere. El subjecte passiu d'aquests delictes és la dona o parella que estigués o hagués estat lligada a l'autor per una relació d'afectivitat, encara que fos sense convivència (art 1.1 LOMPI 1/2004, de 28 de desembre).

⁶⁵ Juzgado de lo penal de Cartagena. (Sección 3). Sentencia núm 11/2014 de 27 de febrero. “En estos casos, se reitera por la Sala de lo Penal, tan solo cabe acudir a la gravedad de los hechos -su entidad real o potencial, la relevancia social y repulsa social de los mismos y las circunstancias personales de la víctima- y como límite cuantitativo a la pretensión deducida por las acusaciones, como consecuencia de la vigencia del principio dispositivo o de rogación, siempre que la cantidad resultante no pueda calificarse de objetivamente desproporcionada”.

La mateixa llei integral estableix que els fills menors de les víctimes de violència de gènere també seran considerats víctimes. A més, l'art 113 CP determina que la indemnització de danys morals no només comprendrà els que s'haguessin causat al perjudicat sinó als seus familiars o tercers.

Per tant, els subjectes amb dret a indemnització en aquests casos són les perjudicades directament per aquest tipus de delictes, és a dir, els subjectes passius així com els seus fills menors d'edat, donat que en moltes ocasions les violències que s'exerceixen en el marc d'aquesta relació afectiva, s'ocasionen davant dels fills menors o inclús també cap a ells, de forma que se'ls ha de considerar si més no, víctimes indirectes.

8.3. La prova del dany moral

En primer lloc, partim de la premissa general que qui reclama un dany, la víctima o el perjudicat, és qui haurà de provar la seva existència i extensió dels perjudicis al·legats (art 1698 CC). Ara bé, quan l'acció de reclamació es tracta d'una acció d'indemnització per danys morals, aquesta regla general entra en conflicte.

Hi ha una part de la doctrina que intenta establir uns principis pels quals es fonamenta l'exigència de la prova del dany moral, i una altra part que fonamenta el contrari. Pel que fa a la primera fonamentació, la doctrina i la jurisprudència es basen a afirmar l'activitat probatòria del dany moral, en l'exigència d'una resolució fundada en dret. Segons, Cárdenas Villarreal i González Vergara,⁶⁶ aquest dret té un vessant formal i un vessant material. La formal implica l'explicació dels motius que han determinat la decisió i la material implica que aquesta explicació sigui correcta jurídicament, per tant, que la resolució es dicti d'acord amb la correcta determinació dels fets. Per consegüent l'acreditació del dany moral és necessària per a la procedència de l'acció de danys i perjudicis.

Pel que fa a la negació de la prova del dany moral, la jurisprudència arriba a la conclusió, per una banda, que a causa de la naturalesa dels danys morals és gairebé impossible poder arribar a acreditar-los, i per tant, és una tasca innecessària, i per

⁶⁶ Cardenas Villarreal, Hugo, A y Gonzalez Vergara, Paulina, V (2007). Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización. Revista de derecho UNED, 2. 355-378.

l'altra banda, segons una concepció més ampla del dany moral, determina que la mera existència de la lesió al bé jurídic protegit, comporta la prova de l'existència del dany moral. Aquesta concepció porta necessàriament a dotar a la responsabilitat civil una funció punitiva, que com ja hem vist, no és la tesi més sostinguda al nostre ordenament jurídic. El que succeeix, és que aquesta teoria posa de manifest que si el dany moral hagués de provar-se, deixaria en mans dels tribunals una alta discrecionalitat sobre la valoració i prova del dany, que com a conseqüència comportaria una resolució sense fonamentació.

La STS 168/2012 de 14 de març,⁶⁷ va assenyalar que malgrat la dificultat probatòria del dany moral, aquest “*constituye un interés digno de la mayor protección aún cuando en este caso, la función no sea restitutoria, estricto sensu, sino simplemente compensatoria de un sufrimiento y secuelas en sí mismo irresarcibles*”.

La present sentència va establir com a indemnització pels danys morals patits a una víctima de maltractament habitual i amenaces continuades per part del seu marit, a una quantitat de 6.000 €, donat que no havia estat acreditat “*la existencia de unos particulares efectos derivados de la situación de maltrato más allá de los propios inherentes a una situación tan lamentable como es un maltrato habitual, no habiendo referido una alteración en el modo y los hábitos de vida de la Sra. Tamara o la necesidad de seguir tratamiento farmacológico*”.

Des del meu punt de vista, aquesta sentència és essencial, ja que per una banda, afirma la dificultat probatòria dels danys morals però podent ser igualment indemnitzats, però per l'altra banda, fa entendre que s'ha d'acreditar l'existència de danys morals derivats del delictes, en relació amb alguna mena de conseqüència negativa o repercussió en la vida de la víctima. A més, sembla sostenir la idea que la mera situació del delictes en si, en aquest cas el maltractament habitual implica uns danys intrínsecs.

A partir d'aquesta resolució, podríem determinar dos vessants del dany, el que desprèn de la lesió al bé jurídic protegit i de l'altre, el que es deriva més enllà d'aquesta lesió.

⁶⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo penal). Sentencia núm 168/2012 de 14 de marzo.

Una altra STS, més recent, 11/2016 de 21 de gener ⁶⁸ posava de manifest que l'existència i quantificació del dany moral correspon el jutjat d'instància, *“cuyo criterio y decisión, como tribunal ante el que se practicó toda la prueba, debe ser, en principio aceptado por las instancias superiores, siempre que se fundamente su existencia y cuantía”*.

Per tant, també afirma que els danys morals han de ser provats, s'han d'acreditar per part del tribunal d'instància mitjançant les proves pertinents i necessàries. Fent referència a la sentència de primera instància, entén el tribunal que la necessitat d'una indemnització és conseqüència lògica i espontània, en aquest cas, per la mort d'una dona en mans del seu fill, fet a través del qual queda justificada la indemnització. És a dir, en el present cas, torna a posar de manifest que el fet delictiu per la seva gravetat comporta una compensació econòmica, donat que és raonable que la mort d'una filla i una germana, provoqui dolor.

Finalment, de l'extracció que es deriva d'aquesta anàlisi jurisprudencial, cal concloure tres aspectes:

-En primer lloc, la resolució judicial que estableixi un quàntum indemnitzatori per la concurrència de danys morals derivats de delictes, ha de ser sempre motivada i fundada en dret, independentment de la teoria de la prova del dany moral a la que ens adherim. Això vol dir, que els tribunals a l'hora d'establir una indemnització han de motivar-la, ja sigui perquè va quedar acreditat el dany amb fets produïts o perquè expressament es van practicar les proves pertinents per fer palès els perjudicis patits.

-En segon lloc, són els tribunals els que valoraran en funció dels fets provats i de les circumstàncies del cas si es desprenen uns clars efectes negatius en la vida de la víctima, sense perjudici que les parts aportin proves per tal d'intentar acreditar uns

⁶⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo penal). Sentencia núm 11/2016 de 21 de enero. *“La madre y las tres hermanas estaban al tanto de la situación de dominación, temor y agresión en que se encontraba la fallecida y del cruel escenario en el que se desarrollaba su vida, y en esta situación, fluye de forma natural, lógica y espontánea, la necesidad de que el dolor producido por la muerte de la hija y hermana a manos de su propio hijo, en la forma relatada por el jurado, sea compensada con una indemnización pecuniaria, --la única posible-- cuya cuantía sobre estar justificada no es desproporcionada ni arbitraria”*.

danys més enllà de la concurrència en si del fet delictiu o per incrementar els efectes negatius del delictes.

-En tercer lloc, encara que poguéssim argumentar que els danys s'han de provar per tal d'aconseguir la pretensió sol·licitada, quan aquests deriven d'un delictes, de la pràctica dels tribunals podem veure que concedeixen indemnització, ja no perquè s'hagin pogut provar uns danys conseqüents dels fets sinó que aquests solen considerar que per la mera gravetat i concurrència del delictes, és lògic que la víctima hagi patit uns danys que l'autor ha de rescabalar. Així queda reflectit en la STS 347/2017 de 17 de març,⁶⁹ *“pero el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados, cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico. Así ocurre cuando el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente, así como de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima”*.

8.4. Instruments per valorar el dany

Com hem vist, la valoració del dany moral no és fàcil de determinar, però tot i això, els tribunals no poden actuar amb una àmplia i desmesurada discrecionalitat. La STS 11/2016 de 21 de gener, concreta que les decisions judicials sobre les indemnitzacions per danys morals no poden determinar-se amb arbitrarietat, tant per absència de motivació com per quantitats desmesurades o desproporcionades. De la mateixa manera, descriu: *“el daño moral, por su propia naturaleza carece de una determinación precisa, y por ello, la existencia y cuantificación del daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de la reparación del daño producido en la esfera moral por la ofensa delictiva, atendiendo especialmente a la naturaleza y gravedad del hecho y al dolor moral producido en las personas”*.

Aquest últim aspecte, el que recalca és que la valoració del dany moral ha de realitzar-se de forma àmplia, atenent a totes les repercussions en l'esfera personal i

⁶⁹ Tribunal Supremo. (Sala de lo penal). Sentencia núm 347/2017 de 17 de març. *“Teniendo en cuenta la realidad de la agresión, su brutalidad y de los golpes que recibió Fernando tras la caída, consideró con toda razonabilidad que existió un deber de indemnización de daños morales por ese hecho acreditado e indubitado, cuya reprochabilidad recae sobre el recurrente, hecho por el que ha sido condenado del que surge el deber de indemnización”*.

moral de la víctima, tenint en compte la gravetat del fet i les circumstàncies. Així doncs, en els delictes de violència de gènere, que atempten contra la integritat moral de la víctima, s'han de tenir en compte tots els tipus d'agressions i violències que impliquen, i analitzar en el cas concret, com es desenvolupa la conducta ofensiva. En definitiva, el tribunal no pot valorar el dany de forma limitada sinó que ha d'estar a la implicació total que suposa la comissió del delictes sobre la víctima. En el mateix sentit es posiciona, la SJP 11/2014, de Cartagena 27 de febrer *“el miedo, la repugnancia, el dolor, la angustia, el sentimiento de cosificación que ocasiona a la víctima la producción del delito, sobre todo cuando éste afecta a los planos más íntimos, a los bienes jurídicos de naturaleza más personal [...]”*.

En conclusió, per valorar el dany moral ocasionat cal tenir en compte la gravetat dels fets, la seva entitat real, les circumstàncies en les quals es van desenvolupar, les característiques de la víctima, la repercussió social i personal i psicològica; un judici global basat en el sentiment social de reparació del dolor produït per l'ofensa delictiva (STS de 26 de setembre de 1994). A més els tribunals hauran d'operar amb llibertat i discrecionalitat però sense arbitrarietat i per tant, fonamentant les decisions i justificant-ho amb dret i sempre a partir dels fets provats, sense més limitació (pel que fa al quàntum indemnitzatori) que les quantitats sol·licitades per les parts, ja que en matèria civil regeix el principi dispositiu, i tenint en compte la proporcionalitat i la precisió amb els seus fonaments, així com les conseqüències (STS 58/2014 de 27 de febrer).

8.4.1. Unitats de Valoració Forense Integral

Pel que fa més concretament a la violència de gènere, destacar que el grup d'experts en matèria de violència de gènere del CGPJ va elaborar una guia d'actuació en el marc de la violència de gènere en el qual analitzava les Unitats de Valoració Forense Integral.⁷⁰

⁷⁰Consejo general del poder judicial (2013). Guía de de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género. Recuperat de http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Guia_de_criterios_de_actuacion_judicial_frente_a_la_violencia_de_genero

Aquestes unitats van ser introduïdes per la llei integral estatal amb la finalitat de dissenyar protocols d'actuació globals en cas de violència de gènere.⁷¹

L'important d'aquesta unitat és que permet analitzar de forma global els signes de violència de gènere, tenint en compte que aquest fenomen no tracta només d'una agressió única si no de diverses manifestacions de violència que pot arribar a ser sistemàtica, continuada, sostinguda i d'intensitat creixent (Miguel Lorente).

Les UVFI parteixen d'una valoració inicial de les lesions físiques i psicològiques amb aplicació a la persona agredida a un qüestionari de detecció de riscos que si surt positiu, es passa a fer una anàlisi més extensa que tracta els següents àmbits:

- El fet: es tracta de descriure la lesió física i psíquica quan al tractament, les seqüeles, el diagnòstic, els mitjans i formes de lesionar, així com l'acarnissament, les amenaces, el tracte vexatori, etc.
- El clima violent: altres fets violents o altres conductes violentes encara que no suposin lesions, les dades d'una història de relació violenta, etc.
- El risc de noves agressions i de mort homicida: partint dels fets s'estudiarà a l'agressor i a la víctima per analitzar l'existència de referències o conductes preparatòries al suïcidi, o d'altres conductes lesives com el consum d'alcohol o de drogues.
- Les mesures que s'aconsellen per protegir i evitar
- Valoracions específiques com l'agressió sexual en l'entorn domèstic, les persones vulnerables amb dependència o discapacitat, el risc de victimització, els menors, etc.
- Els casos de mort: la mort homicida, el suïcidi induït o provocat, el suïcidi ampliat i la mort accidental o natural en un entorn de violència en l'àmbit domèstic que requereix un encreuament de dades per distingir actuacions doloses en aquestes morts.

⁷¹ Disposición Adicional Segunda LOMPI 1/2004. *“El Gobierno y las Comunidades Autónomas, que hayan asumido competencias en materia de justicia, organizarán en el ámbito que a cada una le es propio los servicios forenses de modo que cuenten con unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género”.*

Així doncs, aquestes unitats actuen quan l'òrgan judicial els hi sol·licita una anàlisi d'aquestes característiques per tal d'analitzar la concurrència de la violència de gènere i el seu abast. Des del meu punt de vista, l'actuació de les UVFI resultaria útil per valorar i identificar els danys causats a les víctimes d'aquest tipus de delictes, i reconèixer i poder valorar globalment totes les conseqüències tant físiques com psicològiques que la víctima efectivament ha patit. D'aquesta manera, els tribunals comptarien amb molta més informació i podríem valorar correctament i sense tanta discrecionalitat els danys i per tant, poder quantificar-los de forma equitativa, aconseguint així la reparació integral de la víctima.

8.5. Criteris de quantificació del dany moral

Per la naturalesa del dany moral i a causa de la discrecionalitat amb la qual es valora i es prova, és encara més difícil poder establir un quàntum indemnitzatori que es correspongui amb l'entitat del dany i que per tant, sigui proporcional.

Ara bé, és obvi que els tribunals han d'imposar una quantitat pecuniària que tingui per objecte compensar a la víctima pels danys ocasionats, és a dir, que aquesta quantitat compleixi amb el principi de la restitutio in integrum, que la víctima quedi rescabada en tot allò que ha sigut perjudicada.

Segons l'advocat Jesús Ortega González,⁷² els tribunals a la pràctica han desenvolupat diverses formes de quantificar el dany moral.

En primer lloc, la pràctica més estesa a l'hora de quantificar el dany moral és aplicar per analogia el barem per accidents de circulació quan el dany tingui una causa diferent. Aquest barem va ser introduït amb la llei sobre responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles de motor que després de la reforma per part de la LRCSCM 35/2015, de 22 de setembre,⁷³ quantifica de manera separada el dany moral, a més de preveure indemnitzacions per aquest tipus de dany. Segons

⁷² Legal today (2014). La problemática de la cuantificación del daño moral. Recupertat de <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/danos/la-problematica-de-la-cuantificacion-del-dano-moral>

⁷³ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Boletín Oficial del Estado, 23 de septiembre de 2015, núm 228, pp 84473 a 84979.

Laura Salinas Ronda,⁷⁴ aquesta és una de les raons per les quals s'utilitza per quantificar el dany moral fora dels casos d'accidents de circulació. Ara bé, la mateixa autora descriu les discrepàncies que existeixen entre les diferents sales del Tribunal Suprem a l'hora d'utilitzar aquest barem. D'una banda, el tribunal té discrecionalitat per decidir si aplica el barem i com l'aplica (STS 2222/2017 de 25 de maig⁷⁵) però l'altra banda, si decideix aplicar-lo, ho ha de fer de forma plena (STS 30 de novembre de 2011⁷⁶).

A més a més, un aspecte clau és el que determina la STS 383/2019 de 7 de febrer⁷⁷ quan diu que l'aplicació extensiva d'aquest barem a danys dolosos només pot aplicar-se de manera orientativa, ja que el barem determina unes quantitats per a cada lesió a partir d'un càlcul matemàtic, fet pel qual no és una indemnització equitativa. Com que els delictes dolosos no responen a aquests criteris merament econòmics, s'accepta l'aplicació del barem a altres danys que no siguin automobilístics però en cap cas, pot ser una exigència. De fet, el tribunal determina que la quantificació que resulta de l'aplicació del barem hauria d'incrementar-se en els danys dolosos basant-se en l'existència d'un major retret en la conducta realitzada, justament perquè ambdós danys no poden respondre als mateixos criteris de quantificació, sent els de circulació merament matemàtics.

Tot i així, l'aplicació d'aquest barem fora dels àmbits dels accidents de circulació, diu la STS 1104/2006 de 20 de desembre⁷⁸ que no pot entendre's com una aplicació analògica als termes de l'art 4.1 CC, ja que no es tracta en cap cas d'una llacuna legal, sinó que són els tribunals els que fan ús de la potestat jurisdiccional que els hi confereix l'art 117.1 CE per valorar i fixar una quantitat indemnitzatòria. Per tant, la qüestió és que els tribunals s'adhereixen al barem per la dificultat que suposa quantificar els danys fora d'aquest àmbit i més concretament quan són danys morals, i per la discrecionalitat que comporta fer una valoració sense uns criteris clars i objectius.

⁷⁴Salinas, Ronda, L (2019). Asociación de jueces Fransico de Vitoria. Breve aproximación al daño moral. Boletín digital civil,30. 3-22.

⁷⁵ Tribunal Supremo. (Sala de lo penal. Sección 1). Sentencia núm 2222/2017 de 25 de mayo.

⁷⁶ Tribunal Supremo. (Sala de lo penal. Sección 1). Sentencia núm 9288/2011 de 30 de noviembre.

⁷⁷ Tribunal Supremo. (Sala de lo penal. Sección 1). Sentencia núm 383/2019 de 7 de febrero.

⁷⁸ Tribunal Supremo. (Sala de lo civil). Sentencia núm 1104/2006 de 20 de diciembre.

Una segona forma de valorar el dany moral, és vincular-lo al dany material, de manera que un tingui una relació quantitativa amb l'altre. Aquesta tesi ha encaixat perfectament en els supòsits de vulneració a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la imatge pròpia, com per exemple en la STS 248/2011 de 4 d'abril ⁷⁹ on es determina el quàntum indemnitzatori per la gravetat de la intromissió il·legítima a l'honor de la víctima, atenent per tant, al dany que suposa la lesió al dret fonamental. Des del meu punt de vista, la crítica d'aquesta teoria és que assimila el dany moral al dany patrimonial o material, quan són notablement diferents, ja que no sempre el dany moral repercuteix en el patrimoni o implica també un dany material, encara que pugui ser una possibilitat.

Una tercera opció, seria la d'establir criteris discrecionals adoptats pel tribunal de forma aproximada partint de la jurisprudència existent en casos similars per compartir fets o situacions anàlogues o qualsevol element que es pugui aplicar al cas concret. Aquesta valoració parteix de la base de la llibertat que atorga el que no hi hagi barems ni normes predeterminades, fet que comporta la subjectivitat de l'establiment de la quantia que haurà de determinar-se ponderant les circumstàncies concurrents en el cas. (STS 15 de juny de 2011-RJ 2011/5377).

⁷⁹ Tribunal Supremo. (Sala de lo civil). Sentencia núm 248/2011 de 4 de abril

9. Conclusions

1. El dany moral és aquell perjudici immaterial de caràcter espiritual o sentimental, que recau sobre béns que no poden ser avaluats econòmicament perquè no són béns que es produeixin i que puguin ser substituïts en el mercat.
2. El dany moral ha de ser indemnitzat de forma econòmica, ja que per la seva naturalesa no pot ser reparat ni restituit, de forma que l'única manera de complir amb la funció de la responsabilitat civil és determinar un quàntum indemnitzatori que compensi a la víctima pels danys ocasionats.
3. En relació amb la violència de gènere, hi ha una diferència conceptual entre la llei espanyola i la llei europea, en tant que la primera no reflecteix una situació fidedigna del que representa la violència de gènere, en canvi, la segona s'hi acostuma més. En el cas espanyol, la concepció d'una violència de gènere només en l'àmbit de la parella fa que les polítiques públiques del gender mainstreaming no siguin efectives, donat que un concepte tan restrictiu deixa a moltes situacions fora d'aquesta protecció i per tant, la perspectiva de gènere que pretén aplicar manca de sentit si no es reconeixen totes aquelles situacions de violència masclista que es donen també en el si d'espais públics.
5. Una de les grans qüestions claus en matèria de gènere és acceptar i reconèixer que els poders públics no són immunes a aquests actes de violència i de discriminació sinó que és en el si de les seves institucions i a través de l'estructura estatal que es propugna la distinció entre l'espai femení i el masculí, i per tant, és en última instància on es creen els antecedents per arribar finalment a la concepció normalitzada del que configura la violència masclista.
6. El terme de violència de gènere no ha estat traduït en el dret penal de forma directa, sinó que hi ha certs delictes que es perceben com actes vexatoris i menyspreables que lesionen a la dona per motius de superioritat, d'interferència en l'espai masculí o simplement perquè la dona obté comportaments que no són propis dels seus "atributs femenins".
7. Els delictes de violència de gènere per tant, són aquells que el legislador ha tipificat amb un tipus agreujant quan el subjecte actiu és l'home que ha estat amb

una relació afectiva amb la víctima-dona. Però a la vegada s'incorpora al Codi Penal una circumstància agreujant de la responsabilitat penal per raó de gènere, que com a conseqüència té aplicació general en aquells delictes en els quals operi aquesta relació i la situació descrita al paràgraf anterior.

8. Els delictes de violència de gènere tenen una problemàtica interpretativa, ja que el legislador no deixa clar si cal provar que el subjecte actiu va operar amb un ànim discriminatori i de superioritat en vers la dona amb el seu comportament per poder-se qualificar de gènere o si pel contrari, per les circumstàncies del cas es determinarà aquesta agreujant. També poso de manifest la qüestió que només són aquells delictes qualificats de lleus en els quals el tipus penal recull la condició de gènere.

9. La prova del dany moral als delictes de violència de gènere implica una dificultat probatòria que impedeix poder acreditar-los de manera efectiva i per tant, els tribunals en funció de la gravetat dels fets o el context en el qual es va desenvolupar el delicte, determinen els danys que se li han ocasionat a la víctima. És a dir, la tesi general és que la mateixa producció del delicte per la naturalesa del mateix ocasiona uns danys a la víctima que són difícils de negar.

10. Com a conseqüència, per valorar el dany moral es tenen en compte les circumstàncies en les quals es van desenvolupar els fets delictius, tenint en compte la gravetat, la repercussió personal i social de la víctima, en definitiva, una valoració global tenint en compte tots els elements que integren el delicte, així com estar a una interpretació que tingui en compte tots els tipus d'agressions i comportaments que integren la violència de gènere.

11. Les UVFI són un pas important per a la valoració de les víctimes de violència de gènere, ja que duen a terme una anàlisi exhaustiva de l'entorn en el qual viu la víctima i de la mateixa víctima per determinar si efectivament és víctima de violència de gènere. D'aquesta manera, poden oferir al jutgador un informe complet per ajudar-lo a determinar la repercussió del delicte a la víctima i poder determinar una quantia econòmica justa i equitativa.

12. Pel que fa a la determinació del quàntum indemnitzatori, els tribunals solen comptar amb tres formes de quantificar-lo; aplicació per analogia del barem per accidents de circulació, vinculació del dany moral a un dany material i determinació en funció de criteris establerts en la jurisprudència per casos similars. En definitiva, sigui de la forma que sigui, és el tribunal qui, com que no disposa d'instruments clars i objectius, té discrecionalitat per determinar el quàntum, sempre que sigui el més equitatiu i pugui compensar dels danys a la víctima.

10. Jurisprudència

10.1. Sentències del Tribunal Suprem

- Sentència del Tribunal Suprem 16 de desembre de 1912
- Sentència del Tribunal Suprem 31 de març de 1939
- Sentència del Tribunal Suprem 4290/2015 de 23 d'octubre
- Sentència del Tribunal Suprem 7846/2005 de 19 de desembre
- Sentència del Tribunal Suprem 19 de maig de 2005
- Sentència del Tribunal Suprem 672/1962 de 7 de febrer
- Sentència del Tribunal Suprem 420/2018 de 25 de setembre
- Sentència del Tribunal Suprem 420/2018 de 25 de setembre
- Sentència del Tribunal Suprem 159/2007 de 21 febrer
- Sentència del Tribunal Suprem 168/2012 de 14 de març
- Sentència del Tribunal Suprem 11/2016 de 21 de gener
- Sentència del Tribunal Suprem 347/2017 de 17 de març
- Sentència del Tribunal Suprem 11/2016 de 21 de gener
- Sentència del Tribunal Suprem 26 de setembre de 1994
- Sentència del Tribunal Suprem 58/2014 de 27 de febrer
- Sentència del Tribunal Suprem 2222/2017 de 25 de maig
- Sentència del Tribunal Suprem 30 de novembre de 2011
- Sentència del Tribunal Suprem 383/2019 de 7 de febrer
- Sentència del Tribunal Suprem 1104/2006 de 20 de desembre
- Sentència del Tribunal Suprem 248/2011 de 4 d'abril

10.2. Sentències del Tribunal Constitucional

-Sentència del Tribunal Constitucional 15 de juny de 2011-RJ 2011/5377

10.3. Sentències Jutjats Penals

-Sentència Jutjat Penal de Cartagena 11/2014, de 27 de febrer

11. Legislació

-Anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual

-Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer 34/180, aprobada el 18 de diciembre de 1979. Naciones Unidas.

-Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia domestica de 11 de mayo de 2011. Consejo de Europa.

-Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 20 de diciembre de 1993. Naciones Unidas.

-Llei 5/2008, de 24 d'abril, del dret de les dones a erradicar la violència masclista. Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, 28 d'abril de 2008, núm 251. Parlament de Catalunya.

-Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado 23 de marzo, núm 71.

- Ley orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín oficial del estado, 29 de diciembre de 2004, núm 313.

-Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín oficial del estado, 2 de julio de 1985, núm 157.

-Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, 12 de diciembre de 1995, núm 296.

-Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Boletín Oficial del Estado, 23 de septiembre de 2015, núm 228, pp 84473 a 84979.

-Real decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el cual se aprueba el texto refundido de la ley general de la Seguridad social. Boletín oficial del estado, 31 de octubre de 2015, núm 261.

12. Bibliografia

- Aránguez, Sánchez, C. (2006). El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP. En estudios penals en homenaje al profesor Cobo del Rosal. (pp.11-34).
- Asociación de jueces y magistrados francisco de Vitoria. (2017). Revista de violencia sobre la mujer, 5. Recuperat de <http://www.ajfv.es/revista-violencia-la-mujer-noviembre-2017/>
- Bodelón, Gonzalez, E. (2009). Les dones i les noves legislacions sobre els seus drets: el cas del dret a la seguretat, 20. 73-84. Recuperat de <https://www.raco.cat/index.php/R CSP/article/view/143079/194804>
- Bodelón, González, E. (2010). Las leyes de igualdad de género en España y Europa. ¿Hacia una nueva ciudadanía? Anuario de filosofía del derecho, 26. 86-106. Recuperat de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313248>
- Carrascosa, Gonzalez, J. (2013). Daños punitivos. Aspectos del derecho internacional privado Europeo y Español. Recuperat de http://www.accursio.com/private/uploads/111_UMUPunitive_Damages_by_J_Carrascosa.pdf
- Cardenas Villarreal, Hugo, A y Gonzalez Vergara, Paulina, V (2007). Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización. Revista de derecho UNED, 2. 355-378. Recuperat de: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146499/Notas_en_torno_la_prueba.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Casado Andrés, B, (2016). El concepto del daño moral, estudios doctrinales. Revista de derecho UNED, núm. 18. doi: <https://doi.org/10.5944/rduned.18.2016.16882>
- Casals, Martin-M. Principis per a una proposta de regulació de la responsabilitat extracontractual Catalunya.
- Coderch, Salvador, P y Ligüerre, Gómez, C. (2005). El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. Indret. Revista para el análisis del

derecho, 274. Recuperat de <https://indret.com/el-derecho-de-danos-y-la-minimizacion-de-los-costes-de-los-accidentes/>

-Díez-Picazo, L. (1999). Derecho de daños. Madrid: Civitas.

-Díez-Picazo, L y Gullón Ballesteros, A. (2002). Sistema de derecho civil, vol II, 9ª edic. Madrid: Tecnos.

-García López, R. (1990). Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia. Madrid: Bosch.

-Gil, Ruiz, J.M. (2018). La catarsis del derecho ante la subordiscriminación. En el convenio de Estambul como marco de derecho antidisriminatorio (pp. 27-42). Madrid: Dykinson, S.L.

-Gómez, Pomar, F y Marín, García, I. (2017). El daño moral y su cuantificación. Barcelona: Wolters Kluwer.

-Guinarte, Cabada, (2012). Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género. En la violencia de género, aspectos médico-legales y jurídico-penales. (pp. 215-259).

-Iturmendi, Morales, G. (2017) ¿Hacia una responsabilidad civil punitiva?

Actualidad Civil n.º 9. Wolters Kluwer. Recuperat de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6142311>

-Lic, Antonio Jacob Aldi, MBA. Notas actuales sobre derecho de daños.

-López Beltrán de Heredia, C. (1997). Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual. Tirant lo blanch.

-Marín de Espinosa, Ceballos, E. (2017). El marco normativo de la violencia de género: un estudio de derecho comparado acerca de las leyes de segunda generación y de la ley integral española. Revista de derecho penal y criminología, 17. 93-126. Recuperat de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6446356>

-Marín de Espinosa, Ceballos, E. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art 22.4 CP). Revista electrónica de ciencia penal y

criminologia, 20. 2-20. Recuperat de

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6745282>

-Maqueda Abreu, M, L. (2006). La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social. Revista electrónica de ciencia penal y criminologia, 14. Recuperat de <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>

-Muñoz Conde, F. (2015). Derecho penal, parte especial. 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Valencia:Tirant lo blanch.

-Naveirra, Zarra, Maita, M. (2004). El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Universidad de Coruña. Facultad de derecho. Dep. Derecho privado.

-Pantaleón, F. (19 de julio de 1999). La importación de “frigoríficos jurídicos”. El país.

-Diego, M, Papayannis. (2014). La practica del alterum non ladere. Isonomia núm 41. Recuperat de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7134468>

-Reglero, Campos, L. F. (2013). Lecciones de responsabilidad civil. Aranzandi.

-Ramon, Ribas, E. (2013). Los delitos de la violencia de género según la jurisprudencia actual. Estudios penales y criminológicos, vol. XXXIII. 401-464. Recuperat de <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/1323>

-Ruiz López, C. (2016). Justicia restaurativa y violencia de género: la voluntad de las víctimas en su reparación (Trabajo de final de màster). Universidad Carlos III de Madrid.

-Salinas, Ronda, L (2019). Asociación de jueces Fransico de Vitoria. Breve aproximación al daño moral. Boletín digital civil,30. 3-22. Recuperat de <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2019/04/Boletin-CIVIL-Abril-2019.pdf>

-Scognamiglio, R. (2001). Responsabilidad contractual y extracontractual. Ius et veritas 22. Recuperat de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15988>

-Serrano Pérez, I. La responsabilidad civil derivada de la infracción penal. El valor económico del resarcimiento de la víctima. Recuperat de <https://fcp.es/wp-content/uploads/2016/11/Serrano-P%C3%A9rez-La-responsabilidad-civil-derivada-de-la-infracci%C3%B3n-penal.pdf>

-Soletó, Helena y Grané, Aurea. (2019). La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia. Madrid: Dykinson.

-Yzquierdo Tolsada, M (2016). Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias. Madrid: Dykinson, S.L.

-Zannoni, Eduardo, A. (1982). El daño moral en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea.

12.1. Webgrafía

-Consejo general del poder judicial (2013). Guía de de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género. Consulta 14/04/20 Recuperat de http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Guia_de_criterios_de_actuacion_judicial_frente_a_la_violencia_de_genero

-Council of Europe. (2020). What is gendermainstreaming? Consulta 25/02/20 Recuperat de <https://www.coe.int/en/web/genderequality/what-is-gender-mainstreaming>

-España. Delegación del gobierno contra la violencia de género. Ministerio de igualdad. Macroencuesta de violencia sobre la mujer 2015. Recuperat de https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/AVANCE_MACROENCUESTA_VIOLENCIA_CONTRA_LA_MUJER_2015.pdf

-Iberley. (2019). El delito de violencia doméstica o maltrato habitual. Consulta 05/05/20 Recuperat de <https://www.iberley.es/temas/delito-violencia-domestica-46461>

-Legal today (2014). La problemática de la cuantificación del daño moral.

Consulta 09/05/20 Recupertat de <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/danos/la-problematica-de-la-cuantificacion-del-dano-moral>

-Tremosa i Balcells, R. ALDE (2014). Pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión. Artículo 117 del Reglamento. Preguntas parlamentarias. Consulta 05/05/02 Recuperat de

<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2014-003735+0+DOC+XML+V0//ES>

13. Annexos

13.1. Avantprojecte de llei orgànica de garantia integral de llibertat sexual

L'avantprojecte de llei orgànica de garantia integral de llibertat sexual va sorgir a conseqüència del cas mediàtic conegut com “la manada” que va posar en la mira les qüestions relatives a la tipificació en l'actual Codi Penal de l'agressió sexual i l'abús sexual. Per aquest motiu, la present llei pretén donar una resposta a algunes qüestions que van suscitar el cas.

A banda d'aquest fet, la finalitat principal de la llei és protegir i donar una resposta adequada a les víctimes d'agressions sexuals les quals suposen l'atac més visible i més greu que configura la violència de gènere. Tot i que l'objecte de l'avantprojecte és eliminar i prevenir les agressions sexuals que limiten i impedeixen gaudir de la sexualitat de forma lliure, implícitament comporta l'objectiu final d'erradicar la discriminació per raó de gènere i en definitiva, la violència de gènere.

Dit això, analitzaré a grans trets els aspectes més innovadors d'aquest avantprojecte de llei orgànica.

En primer lloc, pel que fa a l'acreditació de condició de víctima de violència sexual, la present introdueix altres instruments fora del dret penal per acreditar la condició de víctima d'agressió sexual. Per tant, a més de la sentència condemnatòria o d'una ordre de protecció, seran aptes els informes dels serveis socials. D'aquesta manera, serà més fàcil garantir que les víctimes gaudeixen dels drets que la present llei els hi reconeix, en contrapartida del que determina la LOMPI 1/2004, de 28 de desembre, donat que aquesta només contempla com a mitjà per acreditar la violència de gènere la via penal.

En segon lloc, en l'àmbit del delictes, i per tant, per l'acreditació de la condició de víctima de violència sexual, les UVFI, que van ser introduïdes per la LOMPI 1/2004, de 28 de desembre, hauran d'actuar també en el marc d'aquesta violència i com a conseqüència s'hauran de reforçar i garantir a tot l'estat. A més,

l'administració general de l'estat i de les comunitats autònomes hauran de garantir que aquestes unitats estiguin disponibles per assegurar que l'examen es practiqui a la víctima sense demora, juntament amb l'examen ginecològic preceptiu. En la meua opinió, les UVFI van ser una positiva implementació de la LOMPI però era necessari justament una efectiva aplicació a tot l'estat espanyol, i que per tant, puguin ser útils per acreditar la violència de gènere i la violència sexual en l'àmbit del delict, que en última instància serà efectiu per la reparació civil dels danys, ja que oferirà al jutgador un instrument per valorar les qüestions relatives a la indemnització. Però també suscita alguns dubtes en relació amb la seva aplicació, ja que no queda clar si aquestes unitats hauran d'operar en tots els casos de violència sexual o només en alguns més concrets, ja que el paràgraf segon de l'art 3 diu que es consideraran violències sexuals els matrimonis forçats, la mutilació genital femenina i el tràfic de persones amb finalitat d'explotació sexual. Per tant, sembla que les diferents violències sexuals seran tractades de la mateixa manera.

En tercer lloc, la present llei reconeix explícitament el dret de reparació a les víctimes que compren la compensació econòmica pels danys i perjudicis, les mesures necessàries per a la recuperació física, psíquica i social, accions de reparació simbòlica i les garanties de no repetició. En relació amb la indemnització econòmica, la llei estableix els conceptes pels quals s'ha de rescabalar que són els següents:

- El dany físic i mental, inclòs el dany moral.
- La pèrdua d'oportunitats, incloses les oportunitats d'educació, treball i prestacions socials.
- Els danys materials i la pèrdua d'ingressos, inclòs el lucre cessant.
- El dany a la dignitat.
- El tractament terapèutic, social i de salut sexual i reproductiva.

Aquesta qüestió suposa un gran pas, ja que reconeix explícitament i per primera vegada que els danys morals son objecte de restitució a les víctimes, però a la vegada els diferencia dels danys a la dignitat, cosa que és contradictori amb el que

al llarg del treball he definit per danys morals, ja que la dignitat és un dany que es qualifica de moral. Des del meu punt de vista, el que es pretén és donar-li a la dignitat autonomia pròpia.

És important aquest aspecte, ja que es reconeix a les víctimes el dret a gaudir d'una compensació justa i eficaç que l'administració de justícia haurà d'assegurar. Aquesta indemnització ha d'anar a càrrec del responsable civil però tot i així, l'estat ha de garantir la concessió de les ajudes provisionals de la LAVDV 35/1995, d'11 de desembre.⁸⁰

Finalment, la disposició final primera de la present llei modifica algunes qüestions del Codi Penal que són conseqüència principal del cas de "la manada". D'aquesta manera, hi ha tres modificacions claus. En primer lloc, l'eliminació del capítol II del títol VIII del llibre II que correspon als abusos sexuals, fet pel qual tot passarà a constituir una agressió sexual, i en el seu cas, un acte de violació. El que distingeix l'abús i l'agressió sexual és que en el primer cas no hi ha violència ni intimidació, i és que sembla difícil entendre que els actes de violència sexual no suposin intimidació o violència, ja que aquests actes tenen un contingut molt ampli, cosa que des del meu punt de vista, no només suposa intimidació l'amenaça amb un instrument perillós, sinó que quatre homes de gran corpulència envoltin a una noia de dinou anys també és clarament un acte intimidatori. En aquest sentit es modifica l'art 178, 179 i 180. Pel que fa al 178 aquest s'amplia determinant que hi haurà agressió sexual sempre que no hi hagi consentiment quan l'acte atempti contra la llibertat sexual, especificant quan s'entendrà que no hi ha consentiment. Així la llei manifesta que no hi haurà consentiment "*cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*". És a dir, és el que popularment s'anomena "Sí és Sí", ja que caldrà anunciar una voluntat expressa i inequívoca.

⁸⁰ Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, 12 de diciembre de 1995, núm 296.

Per aquest motiu, l'ampliació també determina quins actes seran constitutius d'agressió sexual, tenint en compte que ho seran quan recaiguin sobre una víctima que per qualsevol motiu tingui anul·lada la voluntat o estigui privada de sentit. En la meua opinió, això respon també al cas de la manada en el que la víctima estava sota els efectes de l'alcohol i per tant, en el que podríem considerar que la seva voluntat estava anul·lada a causa del grau d'embriaguesa, i que en tot cas suposi una circumstància agreujant i no atenuant.

Pel que fa al 179 es rebaixa la pena actual de violació de 6 a 12 anys a 4 a 10 anys. I per últim, l'art 180 es modifica en relació amb les agreujants del punt 4 i s'afegeix també un punt 6. El 4 determina que la pena serà superior quan la víctima fos la dona o parella de l'agressor o que ho haguessin estat. És a dir, s'integra en el delictes d'agressió sexual el component de gènere que la LOMPI 1/2004, de 28 de desembre defineix. Això resol en aquest àmbit, la problemàtica de la configuració de la violència de gènere, quan a les agressions sexuals no caldrà demostrar l'agreujant per raó de gènere perquè ja ho contemplarà explícitament el tipus penal.

A tall de conclusió, la present llei suposarà en matèria de violència sexual grans canvis que podran ser positius però segueixen quedant relegats altres tipus de violència encara que no siguin tan visibles que impedeixen que les dones visquin de forma lliure en tots els àmbits. D'igual manera, si la llei acaba entrant en vigor, haurem de veure si s'aplica de forma real i si comportarà millores en l'aplicació de les normes o si pel contrari, generarà més conflicte i debat social.